

# Les Sociétés à responsabilité limitée en droit français

PAR

**JEAN COPPER-ROYER**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Jeudi 21 mai 1931, à 14 heures.*

---

*Président : M. ALBERT WAHL, professeur*  
*Suffragants { MM. PERCEROU, professeur*  
*ESCARRA, professeur*

---

PARIS

**LIBRAIRIE DALLOZ**

11, RUE SOUFFLOT 11,

—  
1931













**THÈSE**

**POUR**

**LE DOCTORAT**





# Les Sociétés à responsabilité limitée en droit français

PAR

**JEAN COPPER-ROYER**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Jeudi 21 mai 1931, à 14 heures.*

---

*Président : M. ALBERT WAHL, professeur*

*Suffragants* { *MM. PERCEROU, professeur*  
*ESCARRA, professeur*

---

PARIS

**LIBRAIRIE DALLOZ**

11, RUE SOUFFLOT 11,

—  
1931



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



# LES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

## EN DROIT FRANÇAIS

---

**Loi du 7 mars 1925.**

*Tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée*  
(*Journ. Off.* du 7 mars 1925).

ARTICLE PREMIER. — Il peut être formé, en dehors des sociétés anonymes qui sont et demeurent soumises à la législation sur les sociétés anonymes, des sociétés dans lesquelles aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise.

Ces sociétés portent le titre de sociétés à responsabilité limitée et sont soumises aux dispositions suivantes.

ARTICLE 2. — Elles peuvent être constituées pour un objet quelconque.

Toutefois, les sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne ne peuvent adopter cette forme.

ARTICLE 3. — Quel que soit leur objet, les sociétés à responsabilité limitée sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.

ARTICLE 4. — Elles sont constatées soit par acte devant notaire, soit par acte sous seings privés.

Si l'acte est sous seings privés, il en est dressé autant d'originaux qu'il est nécessaire pour que l'un reste déposé au siège social et les autres à l'appui des diverses formalités requises.

Tous les associés doivent intervenir à l'acte en personne ou par des mandataires justifiant d'un pouvoir spécial.

Il est interdit à la société d'émettre pour son propre compte, par souscription publique, des valeurs mobilières quelconques.

ARTICLE 5. — Le nombre des associés n'est pas limité. Il peut être de deux seulement.

ARTICLE 6. — Le capital social doit être de 25.000 francs au moins. Il ne peut être réduit au-dessous de ce chiffre.

Il se divise en parts sociales de 100 francs ou de multiples de 100 francs.

ARTICLE 7. — Les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société et qu'elles ont été libérées intégralement.



Les parts sociales correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent toujours être entièrement libérées au moment de la constitution de la société.

Les fondateurs doivent déclarer expressément dans l'acte de société que ces conditions sont remplies.

ARTICLE 8. — L'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature. Les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature.

L'action en responsabilité résultant des dispositions du paragraphe précédent se prescrit par dix ans à partir de la constitution de la société.

ARTICLE 9. — Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société à responsabilité limitée constituée contrairement aux prescriptions des articles 2, 4, 5, 6, 7 et 8.

La nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

ARTICLE 10. — Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, les associés auxquels la nullité est imputable sont responsables, envers les autres et envers les tiers, solidairement entre eux et avec les premiers gérants, du dommage résultant de cette annulation.

Les actions en nullité et en responsabilité se prescrivent par dix ans.

ARTICLE 11. — La société à responsabilité limitée est, soit qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise, soit désignée sous une raison sociale comprenant les noms d'un ou de plusieurs associés.

ARTICLE 12. — Dans le mois de la constitution de la société, une expédition de l'acte constitutif, s'il est notarié, ou un original, s'il est sous seings privés, est déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société.

ARTICLE 13. — Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte constitutif est publié dans un des journaux pouvant recevoir des annonces légales.

Il sera justifié de l'insertion par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées, à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.

ARTICLE 14. — L'extrait doit indiquer que la société est à responsabilité limitée; son objet; les noms des associés; la raison sociale ou la dénomination adoptée par la société et le siège social; les personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la société; le montant du capital social; l'espèce et la valeur des apports en nature; la clause qui attribue des intérêts aux associés même en l'absence de bénéfices dans les termes de l'ar-

ticle 34; l'époque où la société commence, celle où elle doit finir et la date du dépôt aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

ARTICLE 15. — Si la société a plusieurs établissements ou succursales situés dans divers arrondissements, le dépôt prescrit par l'article 12 et la publication prescrite par l'article 13 ont lieu dans chacun des arrondissements où existent ces établissements ou succursales.

Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement.

ARTICLE 16. — L'extrait est signé par le notaire qui a reçu l'acte de société, ou, si cet acte est sous seings privés, par un des associés investi à cet effet d'un pouvoir spécial.

ARTICLE 17. — Sont soumis aux formalités et aux sanctions prescrites par les articles 12 et 13 tous les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts et tout changement d'associé.

ARTICLE 18. — Dans tous les actes, factures, annonces, publications ou autres documents émanés de la société, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement des mots écrits visiblement et en toutes lettres : « société à responsabilité limitée », et de l'énonciation du montant du capital social.

Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de 50 francs à 1000 francs.

ARTICLE 19. — Toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce ou même de s'en faire délivrer, à ses frais, des expéditions ou extraits par le greffier.

ARTICLE 20. — La société doit être immatriculée dans le registre du commerce créé par la loi du 18 mars 1919, dans le délai et sous les sanctions déterminées par cette loi.

La déclaration à faire au greffier, conformément à l'article 6 de cette loi, doit contenir, outre les mentions prescrites par cet article, les noms et prénoms, des associés, la date et le lieu de naissance, la nationalité de chacun d'eux avec toutes les indications prescrites par l'article 4, 4<sup>e</sup> de ladite loi.

Les mentions indiquées dans l'article 7 de la loi du 18 mars 1919 doivent également être inscrites au registre du commerce.

La société devra aussi être inscrite dans le registre central du commerce, conformément à l'article 10 de ladite loi.

ARTICLE 21. — Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables, nominatifs, au porteur ou à ordre : elles ne peuvent être cédées que conformément aux dispositions des articles ci-après.

ARTICLE 22. — Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social.



ARTICLE 23. — Les cessions de parts sociales doivent être constatées par un acte notarié ou sous seings privés.

Elles ne sont opposables à la société et aux tiers qu'après qu'elles ont été signifiées à la société ou acceptées par elle dans un acte notarié, conformément à l'article 1690 du Code civil.

ARTICLE 24. — Les sociétés à responsabilité limitée sont gérées par un ou plusieurs mandataires associés ou non associés, salariés ou gratuits.

Ils sont nommés par les associés, soit dans l'acte de société, soit dans un acte postérieur, pour un temps limité ou sans limitation de durée. Sauf stipulation contraire des statuts, ils ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société, en toutes circonstances; toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers.

Les gérants nommés par l'acte de société ou par un acte postérieur ne sont révocables que pour des causes légitimes.

ARTICLE 25. — Les gérants sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des violations des statuts, soit des fautes commises par eux dans leur gestion.

ARTICLE 26. — Les décisions des associés sont prises en assemblées.

Toutefois, la tenue d'une assemblée n'est pas nécessaire quand le nombre des associés n'est pas supérieur à vingt. Dans ce cas, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre expressément formulées et émettra son vote par écrit.

ARTICLE 27. — Aucune décision n'est valablement prise dans les deux cas prévus par l'article précédent qu'autant qu'elle a été adoptée par des associés représentant plus de la moitié du capital social. Sauf stipulation contraire dans les statuts, si ce chiffre n'est pas atteint à la première consultation, les associés sont convoqués une seconde fois, par lettres recommandées, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représenté.

ARTICLE 28. — Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède.

ARTICLE 29. — Dans les sociétés comptant plus de vingt associés, il doit être tenu, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts.

D'autres assemblées peuvent toujours être convoquées par le ou les gérants, à leur défaut par le conseil de surveillance, s'il en existe un, et, à défaut de celui-ci, par des associés représentant plus de la moitié du capital social.

ARTICLE 30. — Tout associé peut, par lui ou par un fondé de pouvoir prendre au siège social communication de l'inventaire, du bilan et du

rapport du conseil de surveillance constitué conformément à l'article 32.

Dans les sociétés de plus de vingt membres, cette communication ne sera permise que pendant les quinze jours qui précéderont cette assemblée générale.

ARTICLE 31. — Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société. Toutes autres modifications dans les statuts, sauf stipulation contraire, sont décidées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social. Toutefois, dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale.

ARTICLE 32. — Dans toute société à responsabilité limitée comprenant plus de vingt associés est établi un conseil de surveillance composé de trois associés au moins.

Ce conseil est nommé dans l'acte de société. Il est soumis à la réélection aux époques déterminées par les statuts.

Les pouvoirs du conseil de surveillance sont déterminés par l'article 10, alinéas 1 et 2, de la loi du 24 juillet 1867.

Les membres de ce conseil n'encourent aucune responsabilité à raison des actes des gérants et de leurs résultats.

Chaque membre du conseil de surveillance est responsable, soit envers la société, soit envers les tiers, de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat.

ARTICLE 33. — Il est fait annuellement sur les bénéfices un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve.

Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint un dixième du capital social.

ARTICLE 34. — Il peut être stipulé dans l'acte de société, mais seulement pour la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux qui, d'après l'objet de la société, doivent précéder le commencement de ses opérations, que les associés auront droit à des intérêts à un taux déterminé, même en l'absence de bénéfices. L'acte de société détermine cette période.

Cette clause doit, à peine de nullité, être insérée dans l'extrait de l'acte publié dans un journal d'annonces légales en vertu de l'article 13.

Le montant des intérêts ainsi payés doit être compris parmi les frais de premier établissement et réparti avec ces frais, suivant le mode et dans le délai que doivent fixer les statuts, sur les années qui présenteront des bénéfices.

ARTICLE 35. — La répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis est admise contre les associés qui les ont reçus.

L'action en répétition se prescrit par cinq ans à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes.

ARTICLE 36. — La société n'est point dissoute par l'interdiction, la faillite, la déconfiture ou la mort d'un des associés, sauf en ce dernier cas stipulation contraire des statuts.



**ARTICLE 37.** — Sont punis d'une amende de 500 à 10.000 francs et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois ou de l'une de ces peines seulement :

Les fondateurs qui ont fait dans l'acte de société une déclaration fausse concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés ou la libération des associés.

Les gérants qui, directement ou par personne interposée, ont ouvert une souscription publique à des valeurs mobilières quelconques pour le compte de la société.

**ARTICLE 38.** — Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

Ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle;

Les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les associés la répartition de dividendes fictifs.

**ARTICLE 39.** — L'article 463 du Code pénal est applicable à tous les délits prévus par les dispositions de la présente loi.

**ARTICLE 40.** — Il peut être stipulé dans les statuts des sociétés à responsabilité limitée que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués.

Les sociétés dont les statuts renferment la stipulation ci-dessus sont soumises, indépendamment des règles contenues dans la présente loi, aux dispositions de la loi du 24 juillet 1867, relatives aux sociétés à capital variable (art. 48 à 54).

**ARTICLE 41.** — Les sociétés en nom collectif ou en commandite et les sociétés anonymes, constituées antérieurement ou postérieurement à la présente loi, peuvent se transformer en sociétés à responsabilité limitée, sous réserve des droits des tiers.

Sous la même réserve, les sociétés à responsabilité limitée constituées conformément à la présente loi pourront se transformer en sociétés anonymes.

**ARTICLE 42.** — L'impôt sur le revenu des capitaux mobiliers édicté par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 29 juin 1873 et l'article 31 de la loi du 29 mars 1914 et par l'article 50 de la loi du 25 juin 1920 ne s'applique pas, dans les sociétés prévues par la présente loi, aux dividendes, intérêts, arrérages et autres produits revenant aux gérants prévus à l'article 24 de la présente loi.

Ces sociétés sont assujetties aux communications prescrites par les articles 16 et 28 de la loi du 5 juin 1850, 22 de la loi du 23 août 1871 et 7 de la loi du 21 juin 1875 sous les sanctions édictées tant par ces lois que par l'article 5 de la loi du 17 avril 1906.

ARTICLE 43. — Les dispositions de la présente loi sont applicables à l'Algérie et aux colonies.

**Loi du 30 décembre 1928.**

ARTICLE 4. — Pour la détermination des bases des impôts cédulaires dus par les sociétés à responsabilité limitée, les rémunérations allouées aux associés gérants et portées dans les frais et charges ne sont pas admises en déduction lorsque la majorité des parts sociales est possédée par l'ensemble des associés gérants.





## AVANT-PROPOS

1. **Historique.** — Deux grandes familles de société existent depuis longtemps dans la presque totalité des pays d'Europe. Ce sont les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. D'un pays à l'autre ces deux sortes de société obéissent aux mêmes règles essentielles, qui entraînent pour tous leurs adhérents une série d'avantages contrebalancés d'inconvénients sérieux.

La Société de capitaux a cet avantage essentiel de n'engager la responsabilité des associés que jusqu'à concurrence de leur mise. Elle n'était pleinement admise que sous la formule d'une société anonyme exigeant alors l'anonymat, un nombre minimum d'associés et d'importantes formalités.

La société de personnes permet une association réduite à deux personnes, mais elle exige que chacun des associés appelés à gérer les affaires sociales soit responsable sur la totalité de ses biens.

Il pouvait sembler désirable que le législateur permit la création d'une société qui emprunterait les avantages inhérents à l'une et à l'autre de ces deux formes, qui, en résumé, serait une société où chacun des associés serait uniquement responsable à concurrence d'un capital déterminé, tout en n'exigeant pas l'intervention de formalités complexes cependant créées dans un seul but de protection.

Une société de cette sorte existe indiscutablement, c'est la société en commandite. Dans les sociétés conçues suivant cette formule mitigée, il existe un ou plusieurs associés *en nom collectif*, et un ou plusieurs associés *commanditaires*. Tous font un apport social, et, du reste, un associé qui ne ferait pas d'apport ne pourrait être réputé agrégé à une société régulière, l'article 1855 du Code civil s'y opposerait.

Mais les associés en nom collectif font, — en outre, — un apport particulier, occulte, implicite, celui de leur solvabilité personnelle qui couvrira les engagements de la Société, à défaut pour les apports sociaux de pouvoir y satisfaire.

La Société en commandite peut être une société en commandite simple, — et c'est alors celle qui a le plus nettement un caractère de



société de personnes; — elle peut être une société en commandite par parts; — elle peut même dégénérer en une société en commandite par actions, et, dans ce cas, elle franchit la frontière qui sépare les sociétés de personnes des sociétés de capitaux, une société en commandite par actions pouvant diviser son capital en titres au porteur.

On le voit, la gamme apparaissait comme complète.

Et une formule nouvelle ne paraissait pas répondre à un besoin économique très caractérisé.

Cette formule intermédiaire existait cependant.

Elle existait sous la forme d'une société où les associés ne sont jamais plus responsables que ne le sont des commanditaires ou des actionnaires, sans qu'aucun des associés, — fût-il gérant, — donnât à l'entreprise sociale l'appoint et la garantie de sa solvabilité individuelle.

Ces sociétés ne sont en réalité que des sociétés de commanditaires où le gérant n'a pas plus de responsabilité que n'en aura un directeur, peut-être étranger à la société.

Economiquement parlant, on peut dire que cette formule de société est très médiocre.

Une société de cette nature ne peut avoir de crédit, et si elle en obtient, ce sera, le plus souvent, par l'effet d'une duperie ou d'une confusion.

Une société conçue sous cette formule, que nous estimons malheureuse<sup>1</sup>, même dénuée de toute moralité commerciale, puisqu'elle étend trop facilement la notion de l'irresponsabilité. Il est peu moral que tous les associés puissent être gérants en nom et qu'aucun ne soit personnellement responsable si les risques qu'ils ont volontairement courus viennent à se matérialiser par des pertes excédant le capital et une complète cessation de paiements.

Et c'est peut-être une des caractéristiques les plus nettes et les plus démonstratives des mœurs actuelles et de leur glissement que de voir une semblable formule de société, amoral et immorale, que tous les honnêtes gens au temps de César Birotteau eussent repoussée, être

1. Tel fut l'avis d'un certain nombre de Chambres de commerce consultées préventivement et notamment de la Chambre de commerce de Lyon (rapport Niogret). Comp. Valéry, *Rev. Soc.* 26, 213.

Frappé des anomalies, des fraudes fiscales et des escroqueries que favorise le régime des sociétés à responsabilité limitée, un honorable député, M. Georges Richard, a même déposé un projet de loi tendant à l'abrogation pure et simple de la loi de 1925 et de la liquidation, dans les six mois, de toutes les sociétés constituées sous la formule autorisée par cette loi (*Journal Officiel*, décembre 1927, Docum. parlementaires, n° 4276).

accueillie avec enthousiasme par des théoriciens, aussi honnêtes que rigides, et immédiatement employée par des commerçants ou des industriels de vieille souche qui n'ont absolument rien de commun avec les aigrefins et les carambouilleurs que l'on aurait pu croire devoir être les seuls usagers de cette formule de société.

Au fond, on peut légitimement supposer que tous ces clients jetés spontanément vers la société à responsabilité limitée n'ont jamais été que des contribuables désireux d'esquiver certaines conséquences des lois fiscales, et en même temps adeptes de la loi du moindre effort. En fait une pratique qui ne porte il est vrai que sur un très petit nombre d'années démontre que le contentieux des sociétés à responsabilité limitée a été extraordinairement faible. La jurisprudence les concernant est encore infiniment rare et clairsemée. Les Sociétés à responsabilité limitée n'ont judiciairement fait parler d'elles qu'à la rubrique des faillites.

L'évolution des idées commerciales appelait donc l'introduction dans les lois d'une société conçue sous cette formule d'irresponsabilité générale.

Ce fut l'Allemagne qui, la première, réalisa ce programme, et la loi du 29 avril 1892, modifiée par celle du 16 mai 1897, donna naissance à la « Gesellschaft mit Beschränkter Haftung ». L'Autriche réalisa la même réforme par une loi de 1906.

Dès 1907, l'Angleterre suivait l'exemple de l'Allemagne, accordant ce que les Anglais appellent des « exemptions » à la loi générale sur les sociétés, elle créait la « Private Company ». Dans la plupart des Etats-Unis d'Amérique, la législation a admis la Compagnie privée avec les mêmes caractères qu'en Grande-Bretagne.

La France ne suivit pas la tendance ainsi créée. Le Parlement resta silencieux devant l'invite que lui firent quelques Chambres de commerce.

La victoire de 1918, en réintégrant l'Alsace-Lorraine dans l'unité française, offrit à nos législateurs l'exemple de 400 sociétés à responsabilité limitée soumises à la loi allemande du 29 avril 1892, modifiée par celle du 16 mai 1897.

Toutes les personnalités compétentes de nos provinces reconquises souhaitèrent non seulement le maintien de cette forme de société, mais encore son extension à nos autres départements.

Le vœu de la Chambre de commerce de Strasbourg se joignit à ce souhait, dans la séance du 5 juillet 1921.

L'idée eut des propagandistes empressés, et les Chambres de commerce se déclarèrent bientôt unanimement favorables à l'institution projetée.



L'atmosphère créée détermina l'initiative parlementaire.

Dès le mois de janvier 1919, MM. Marc Réville et Leredu avaient déposé une proposition de loi.

MM. Maillard et Bureau les imitèrent le 23 janvier 1920.

Enfin, le 16 mars 1920, le Gouvernement déposait un projet de loi tendant à instituer des sociétés à responsabilité limitée.

La Chambre, après quelques modifications, l'adopta dans sa séance du 10 juillet 1923.

Au Sénat, le projet fut étudié par la Commission du Commerce, de l'Industrie, du Travail et des Postes, et M. Chapsal, sénateur et rapporteur, imaginant d'une manière constante la Société à responsabilité limitée comme devant être une personne morale discrète et de peu d'importance, une société formée entre parents, entre un père et ses enfants, entre un patron bienfaisant et des ouvriers par lui favorisés, concluait à la nécessité d'instituer une telle loi et tenait ce raisonnement :

« Considérons, en effet, la situation d'un père de famille propriétaire d'un établissement prospère, qui voit arriver pour lui l'âge de la retraite et qui désire assurer l'avenir de son entreprise, tout en en réservant le profit à ses enfants.

« S'il ne prend de son vivant, aucune disposition, sa mort aura souvent pour résultat de faire sortir l'affaire du patrimoine familial dont elle constituait un élément solide de richesse. Les héritiers songeront peut-être à former une société en nom collectif ou en commandite simple pour continuer l'exploitation. Mais, outre que certains d'entre eux ne seront pas toujours disposés à encourir une aussi lourde responsabilité, il pourra arriver qu'aucun d'eux n'ait l'âge ou les aptitudes nécessaires pour gérer l'affaire. Peut-être même quelques-uns d'entre eux seront-ils frappés d'une interdiction absolue de faire le commerce, parce qu'ils sont officiers, avocats ou fonctionnaires. Dans ces conditions, la liquidation s'impose et il faut procéder à la vente de l'affaire. Si un tiers devient acquéreur, l'affaire est perdue pour tous; si c'est un héritier, il doit payer à ses cohéritiers des sommes importantes pour les désintéresser de leurs droits. Ces versements réduisent d'autant ses disponibilités et peuvent affecter, gravement la marche de l'entreprise.

« Sans doute, s'il veut éviter cette alternative fâcheuse, le père de famille peut prendre de son vivant des mesures appropriées, c'est-à-dire constituer dès ce moment un groupement où il entrera avec les siens. Mais son embarras sera grand.

« Si ses enfants, pour l'une des raisons indiquées plus haut (raison

« d'âge ou de profession, défaut de goût ou de capacité) sont hors d'état  
« de s'occuper personnellement de l'affaire, et si, d'autre part, ils répu-  
« gnent au rôle effacé et passif de commanditaires, le père de famille  
« n'a plus qu'une ressource, c'est de constituer une société anonyme.  
« Mais alors, il lui faut observer toutes les conditions et formalités que  
« la loi du 24 juillet 1867 impose aux fondateurs d'une société par  
« actions.

« Si ses enfants sont peu nombreux, il doit faire intervenir des asso-  
« ciés étrangers en nombre suffisant pour atteindre le minimum de  
« sept exigé par la loi. Le caractère intime de l'affaire est, par là même,  
« sacrifié, car la société se trouvera fatalement, à plus ou moins brève  
« échéance, ouverte à tout venant.

« Ce n'est pas tout, il faut se conformer aux prescriptions rigoureuses  
« qui régissent la constitution et le fonctionnement des sociétés ano-  
« nymes; tenir des assemblées constitutives minutieusement régle-  
« mentées; organiser un Conseil d'administration qui exigera une  
« rémunération en rapport avec la responsabilité qu'il encourt; assurer  
« un contrôle du Conseil d'administration au moyen d'assemblées  
« périodiques des actionnaires; instituer un organe de surveillance,  
« ordonner impérativement une reddition et une vérification des comp-  
« tes; se conformer en un mot à un ensemble de formalités réglemen-  
« taires qui alourdissent la marche des affaires sociales et ne vont pas  
« sans entraîner des frais assez élevés.

« Ces complications et ces frais, qui sont supportés aisément par une  
« entreprise importante, sont, au contraire, une gêne considérable pour  
« les groupements modestes, et toute cette réglementation, qui est  
« pleinement justifiée lorsqu'il s'agit de grandes compagnies indus-  
« trielles, commerciales ou financières, par le souci de protéger les  
« actionnaires et le crédit public en général, ne se comprend plus dans  
« les groupements de personnes unies par des liens étroits de parenté,  
« bien renseignées sur l'affaire, et capables par suite de défendre elles-  
« mêmes leurs intérêts, sans avoir besoin d'être mises en tutelle par  
« le législateur.

« Ainsi donc, dans l'état de notre législation, les commerçants et  
« industriels se trouvent placés dans l'alternative suivante : s'ils tien-  
« nent à ne pas engager la totalité de leurs ressources dans une exploi-  
« tation, ils doivent constituer une société anonyme et se conformer  
« aux prescriptions à la fois gênantes et onéreuses de la loi de 1867.

« S'ils estiment, au contraire, que ces prescriptions sont de nature à  
« entraver leur activité, ils se trouvent contraints d'adopter la forme



« plus souple de la société en nom collectif ou en commandite simple, « mais, alors, ils courent le risque que constitue, pour les membres de « cette société, la responsabilité illimitée et solidaire des associés en nom.

« Un tel état de choses n'était pas sans préoccuper tous ceux qu'intéresse le développement de notre activité économique; ils estimaient « à juste titre que la nécessité se faisait sentir chaque jour davantage « d'y remédier, en suivant l'exemple des pays voisins, les concurrents « les plus directs sur les marchés extérieurs, où l'insuffisance des formes « de sociétés traditionnellement connues avait déterminé, dès la fin du « siècle dernier, le législateur à introduire des réformes dans leur législation des sociétés commerciales. »

On ne peut manquer d'être frappé du caractère exagérément général des observations qui déterminaient le législateur, — du manque de précision des arguments présentés, — de l'absence volontaire ou involontaire, de toute indication quant aux objections qui peuvent être faites.

La loi fut définitivement votée le 17 février 1925 et elle fut promulguée à la date du 7 mars 1925 (*Journal Officiel* du 8).

Les raisons exposées par M. Chapsal, que nous venons de reproduire en partie, ont peut-être milité en faveur du vote de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée. Mais la véritable cause de cette loi est beaucoup plus dans la nécessité où l'on se trouvait de ne pas mettre dans une situation délicate les sociétés alsaciennes constituées sous cette forme, sous l'empire de la législation allemande, et qui continuaient toujours à fonctionner. Force était donc ou de prescrire la liquidation ou la transformation de ces sociétés alsaciennes, ou d'appliquer le régime de ces sociétés à l'ensemble du territoire français. C'est cette seconde alternative que le législateur préféra adopter, pour des raisons qui n'ont certainement pas dû être, toutes, d'ordre juridique. Quelques retouches ont bien été faites. Et c'est ainsi que dans la loi française ne subsiste pas l'obligation personnelle indéfinie qui pesait sur chaque associé en ce qui concerne les apports et les versements supplémentaires dans la loi allemande sur les *Gesellschaften mit beschränkter Haftung*. On peut dire que, en général, c'est la loi allemande qui a été transplantée dans notre droit français.

Une opération pareille ne se fait jamais sans danger. Le droit n'est que le reflet de l'esprit d'un peuple. Et les nations sont trop profondément différentes pour que, malgré les co-pénétrations juridiques qui existent toujours, il n'y ait pas de principes essentiels sur lesquels aucune concordance ne s'établit entre deux pays.

Sans vouloir faire une étude de droit comparé, nous voudrions indiquer ici quelques points de la loi française sur les sociétés à responsabilité limitée, qui ne concordent pas avec les idées généralement admises et appliquées en France, et dont l'explication ne peut se trouver que dans l'origine de cette loi.

Ainsi, lorsque la loi de 1925 déclare, dans son article 5 : *Le nombre des associés n'est pas limité. Il peut être de deux seulement*, » on peut se demander pourquoi la loi fait cette déclaration. On sait que l'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 ordonnait que les sociétés anonymes ne pourraient pas se constituer valablement si le nombre des associés était inférieur à sept. Or, la loi allemande ne comporte aucune règle similaire; la loi allemande conçoit fort bien une société qui ne se composerait que d'un seul membre. Mais il faut dire que nous répugnons à une pareille conception de la société (voir article 1832 du Code civil). Le membre d'une société est, en effet, un associé. Or, on n'est jamais que l'associé de quelqu'un. C'est à raison de cette idée générale <sup>1</sup>, en opposition avec la loi de 1867 et en méconnaissance de la loi allemande, que le législateur de 1925 a formulé cet article 5 bizarre où l'on ne sait pas bien si la limitation dont il parle s'applique à un maximum ou à un minimum, et où il semble dire une chose qui lui paraît d'une nécessité évidente, et qui est cependant sujette aux doutes les plus forts.

Nous verrons par la suite, et particulièrement au n° 33, que, conformément à l'alinéa 3 de l'article 7 de la loi de 1925, les fondateurs d'une société à responsabilité limitée *doivent déclarer expressément dans l'acte de société que ces conditions sont remplies* (souscription et libération intégrales du capital). Voilà qui est contraire à notre droit français, qui est en général, dans son essence, opposé au formalisme, qui est purement consensuel, intellectuel. En toute autre matière, le législateur ne se serait occupé que d'une seule chose : que le capital soit effectivement versé dans son intégralité. Et il n'aurait pas fait la moindre attention à la formalité par laquelle le fondateur doit déclarer que ces opérations ont été effectivement réalisées, pourvu qu'elles l'aient réellement été. Or la loi de 1925 paraît indiquer que lorsque le fondateur n'a pas fait cette déclaration dans l'acte de société, la société est nulle, et cela même si la souscription et la libération du capital ont été réellement opérées. Mesure du plus pur formalisme qui nous provient directement d'Allemagne, où sont nombreux les commentateurs d'un

1. Cette idée ne nous semble d'ailleurs pas rigoureusement exacte quant aux sociétés de capitaux, parce que ce que cette société implique, ce ne sont pas des personnes associées, mais des capitaux associés.



droit antérieur à celui des Douze Tables (voir notamment *infra*, n° 87).

Le gérant d'une société à responsabilité limitée va se trouver curieusement caractérisé. D'abord, il pourra ne pas être associé. Et cela n'est pas en harmonie avec les principes et les applications de notre droit. Dans les sociétés anonymes, les administrateurs doivent être choisis parmi les associés. Dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite, les gérants doivent également être associés, et, de plus, ils sont indéfiniment responsables. Seuls, les gérants des sociétés à responsabilité limitée peuvent être choisis en dehors du cadre des associés.

Et ceci va faire naître une autre particularité relativement à ces gérants. Quelle va être leur position à l'égard des associés et des tiers? Ils seront à la fois mandataires, représentants légaux, et locataires de services. On ne peut dire qu'une chose, c'est qu'ils se verront investis de ce qu'on appelle dans le droit germanique la *Prokura*. Mais ce n'est pas pour nous expliquer sa situation en droit français. Et sur ces deux points encore, la loi française suivit la loi allemande pour ne pas gêner l'activité des gérants des sociétés alsaciennes et pour n'en pas modifier profondément les pouvoirs <sup>1</sup>.

Notons encore que l'article 11 de la loi de 1925 relatif à la raison sociale de la société à responsabilité limitée provient de la loi allemande <sup>2</sup>.

Mais le plus mauvais cadeau que la loi allemande nous a fait est certainement le doute qui peut planer dans certains esprits sur le caractère même, sur l'essence de la société à responsabilité limitée. Les auteurs allemands ont déjà discuté là-dessus. Il est bien évident que le législateur de 1925 ayant eu la grave négligence de n'apporter aucune précision à ce sujet, et faisant dans cette sorte de société des applications de détails qui tendraient à rentrer dans le cadre des sociétés de personnes à côté de principes qui nous paraissent être du ressort des sociétés de capitaux, il est bien évident que les auteurs français devaient discuter et que nombre de théories devaient s'échafauder (voir *infra*, n° 3).

Quant à l'avenir de cette formule de société, les plus fortes réserves doivent être faites. L'enthousiasme du début est déjà passé pour cette loi qui n'est, en réalité, que la mi-carême de l'année qui commença le 24 juillet 1867. On porte encore des masques, afin de bénéficier de l'attention indulgente qu'ils provoquent. Le jour où la fiscalité des

1. Voir *infra*, nos 69 et 70.

2. Voir *infra*, n° 25.

sociétés à responsabilité sera similaire à celle des autres sociétés, supportera-t-on davantage les gênes de respiration et de mouvement qu'elles provoquent?

**2. Caractères fondamentaux des sociétés à responsabilité limitée.** — Jusqu'au 7 mars 1925, seuls, les commanditaires ou les actionnaires des sociétés en commandite par actions ou des sociétés anonymes n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leur mise.

Désormais, d'autres sociétés, dites sociétés à responsabilité limitée, peuvent être formées. Ces sociétés n'auront pas à obéir à toutes les règles qui s'imposent aux sociétés anonymes, et, pourtant, tous les associés (qui pourront n'être que deux) ne seront tenus que jusqu'à concurrence de leur mise, eussent-ils la gérance de l'entreprise sociale.

Les sociétés à responsabilité limitée permettent cette modalité nouvelle. Ce sont des sociétés *commerciales* désignées par l'objet de l'entreprise ou par une raison sociale comprenant des noms d'associés; constatées par un acte authentique ou sous-seing privé; dont le capital, divisé en parts sociales de 100 francs ou de multiples de 100, ne pourra descendre au-dessous de 25.000 francs; elles sont soumises aux lois et usages du commerce; mais leur objet ne peut être ni l'assurance, ni l'épargne, ni la capitalisation.

Ces sociétés sont obligatoirement commerciales. Et ce, quel que soit leur objet. Une coopérative constituée sous la formule d'une société à responsabilité limitée sera commerciale, par l'effet seul de la formule adoptée.

Toute société à responsabilité limitée pourra donc être déclarée en faillite, si elle manque à ses engagements. Elle demeure soumise à toutes les obligations qui, normalement, pèsent sur un commerçant et la tenue de livres commerciaux demeure obligatoire, quel que soit son objet, quelque familiale que soit son organisation.

Mais toute société à responsabilité limitée constitue une personne morale. Si la doctrine, dans son ensemble, accorde aux sociétés en général cette personnalité morale, on sait toutes les discussions qui se sont élevées au sujet de l'origine de cette personnalité.

Trois théories ont été émises. La première attribue cette personnalité à un don de la loi <sup>1</sup>. Une seconde théorie estime qu'elle constitue la rançon de l'accomplissement des formalités de publicité imposées

1. Comp. Civ. cass. 24 août 1863, D. P. 63.1.353; Req. 25 février 1879, D. P. 80.1.20; Req. 25 mars 1890, D. P. 90.1.475; Amiens, 28 décembre 1904, *J. des Soc.* 1916.16; Trib. comm. Lyon, 6 février 1906, *Rev. Soc.* 1907.72.



par la loi <sup>1</sup>. Enfin, la troisième théorie soutient que la société acquiert cette personnalité *de plano* par le seul fait que le contrat social crée un patrimoine social <sup>2</sup>.

Nous adopterons cette dernière théorie. Elle nous paraît plus juridique et plus conforme aux décisions judiciaires qui admettent, d'une part, que les sociétés irrégulières et nulles peuvent être mises en faillite <sup>3</sup>, preuve certaine que les sociétés qui n'ont point rempli les formalités de constitution ont cependant acquis une personnalité, et, d'autre part, que les sociétés ne meurent véritablement et ne perdent définitivement leur personnalité que lorsque la liquidation du patrimoine social est entièrement accomplie <sup>4</sup>.

De ce principe découlent de nombreuses conséquences. Spécialement, la personnalité individuelle de chacun des membres associés demeure essentiellement distincte de la personnalité propre qui est celle de la société. De nombreuses conséquences doivent en être reconnues. La société est notamment soumise à la juridiction de droit commun, même si l'unanimité de ses membres se trouve être composée d'individus soumis à une juridiction spéciale <sup>5</sup>. Notamment encore, en matière d'escroquerie, le bilan faux que présente un commerçant ordinaire, comme affirmation de sa solvabilité, à celui dont il veut obtenir quelque avantage pécuniaire, n'est qu'un simple mensonge. Mais le bilan faux présenté par une société anonyme, lorsque ce bilan se recommande de l'autorité des administrateurs et des commissaires qui l'ont préparé, contrôlé, présenté à l'assemblée générale, devient un mensonge appuyé de l'autorité personnelle qui s'attache aux administrateurs et aux commissaires, mandataires sans doute, mais personnalités distinctes de celle de la société, et qui, par leur intervention, donnent au document produit une valeur supérieure à celle qui se dégage intrinsèquement de lui <sup>6</sup>.

1. Comp. Thaller et Pic, t. I, n° 188; Capitant, *Introd. à l'Etude du droit*, p. 172; Pont, n° 820; Houpin, n° 571; Arthuys, t. I, n° 146. — Comp. également, Civ. cass. 13 février 1855, S. 55.1.721; 30 avril 1900, S. 1902.1.9.

2. Comp. Copper Royer, *Traité des Sociétés anonymes*, t. I, n° 23; Hémard, n° 237. — Comp. également, Trib. Comm. Lyon, 9 janvier 1883, *J. des Soc.* 83.147; Trib. comm. Gand, 1<sup>er</sup> décembre 1908, *Rev. Pral.* 1909.63.

3. Nombreuse jurisprudence en ce sens. Notamment : Civ. rej. 12 novembre 1894, D. P. 95.1.38; Civ. cass. 3 avril 1895, D. P. 95.1.443; Req. 5 juillet 1900, D. P. 1902.1.89; Poitiers, 29 juin 1908, *Rev. Soc.* 1908.434.

4. En ce sens, Besançon, 8 décembre 1911, *Rev. Opér. Bourse*, 1912.42; Paris, 24 février 1923, *Gaz. Trib.* 14 avril 1923.

5. En ce sens, Req. 8 décembre 1915, D. P. 1919.1.42.

6. Comp. notamment, Crim. rejet, 28 novembre 1873, D. P. 74.1.442; 9 mai 1879.

Le principe de la personnalité morale de la société à responsabilité limitée fait que, si la société est obligatoirement commerciale, les associés qui la composent n'acquièrent pas nécessairement cette qualité par le seul fait de leur affiliation à la Société. Si cette dernière tombe en faillite, aucun des associés ne peut être personnellement mis en faillite, fût-ce le gérant.

Le capital des sociétés à responsabilité limitée est obligatoirement divisé en parts. Ces parts sont donc une fraction divisée du capital social. Elles s'apparentent de très près aux droits sociaux émis par une société en commandite par parts, tout en étant nettement distinctes des droits sociaux émis par une société en commandite simple, ces droits correspondant alors à un intérêt.

Certaines dispositions légales, d'ordre restrictif, s'imposent aux parties pour la transmission de ces parts, dont la cessibilité constitue l'un des caractères spécifiques.

La gérance est exercée par une ou plusieurs personnes, qui peuvent ne pas être associées, et qui, en ce cas, font figure d'employés.

**3. La société à responsabilité limitée est une société de capitaux.** — La Société à responsabilité limitée est-elle une Société de capitaux où une Société de personnes? Cette question est d'autant plus discutée par la doctrine, que la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet, et que les éléments qui sont donnés pour résoudre la question sont eux-mêmes imprécis.

On ne peut guère prendre en considération les travaux préparatoires. Les explications des rapporteurs, celles de M. Manceau comme celles de M. Chapsal, sont tellement vagues à ce sujet, elles contiennent au surplus de si graves lapsus juridiques, qu'il paraît préférable de ne s'attacher en rien aux dits travaux préparatoires.

Les rapporteurs n'ont vu dans les Sociétés à responsabilité limitée que des Sociétés d'un type hybride; elles ne seraient ni des Sociétés de capitaux, ni des Sociétés de personnes bien que procédant de ces deux types.

Or cela n'est pas possible. Il n'y a que deux types de Sociétés : les Sociétés de personnes et les Sociétés de capitaux. Il n'y en a pas trois. Et il n'y a pas de place pour un troisième type de Société. Nous admettons fort bien qu'une espèce de Société se rapproche plus ou moins du



type formel de la famille à laquelle cette espèce se rattache. Mais ce n'est pas parce que des différences existent entre le type et l'espèce que cette espèce constitue dès lors un type spécial. Cette solution est peut-être facile. Elle l'est trop. En tous les cas, ce n'est pas une solution. Le peuple français comprend aussi bien des Alsaciens que des Catalans; et cependant, personne ne contestera que les habitants de Perpignan et que ceux de Strasbourg sont, tous, des Français. Il en est de même des Sociétés<sup>1</sup>.

Faut-il ranger les Sociétés à responsabilité limitée parmi les Sociétés de personnes, ou faut-il les apparenter à la grande famille des Sociétés de capitaux?

Nous ne méconnaissions pas le caractère délicat d'une pareille question. Ces difficultés proviennent de deux causes; d'abord la société à responsabilité limitée ne se rapproche de très près ni du type formel des sociétés de capitaux, ni du type formel des sociétés de personnes; et, ensuite, aucun document législatif ou judiciaire n'existe pour indiquer d'une façon précise quel est le critérium qui sépare ces deux familles de Sociétés : le législateur n'a jamais voulu se prononcer : la doctrine est diverse; la jurisprudence observe une prudente réserve.

Les Sociétés de personnes et les Sociétés de capitaux sont reconnues par la jurisprudence suivant des caractéristiques qui ne s'opposent pas. La caractéristique déterminante d'une Société de personnes est la responsabilité indéfinie, personnelle et solidaire des associés. La caractéristique déterminante d'une Société de capitaux est l'existence d'un titre matériellement représenté, transmissible et négociable, c'est-à-dire d'une action<sup>2</sup>.

On sent que ces deux termes ne s'opposent pas formellement.

Nous admettons que la caractéristique d'une Société de capitaux peut être l'existence d'actions alors que, au contraire, la Société de personnes ne possède que des parts d'intérêt<sup>3</sup>. Nous l'admettons parce que le caractère déterminant des Sociétés de personnes qu'expose la jurisprudence, relatée ci-dessus, à savoir la responsabilité des associés, se trouve incluse dans la distinction de l'action et de la part d'intérêt.

1. C'est cependant dans cette théorie facile que la plupart des auteurs, obéissant à la loi du moindre effort, se réfugient, et notamment Pic et Baratin, n° 120; Houpin et Bosvieux, n° 1558; Lépargneur, p. 266; Drouets, p. 53; Percerou, *Ann. Dr. Commercial*, 1925.92.

2. Rep. Prat. Dalloz, v° Sociétés, n° 770 et 1675.

3. Cass. 9 février 1887, S. 1888.1.177; 22 février 1892, S. 93.1.49; Trib. civ. Seine, 22 février 1892, sous Cass. 31 janvier 1893, S. 93.1.327.

Mais nous avouons que le problème n'a pas fait un pas puisque nous devons désormais savoir quel est le critérium séparant la part de l'action.

Encore, en cette matière, les opinions les plus diverses, et, disons-le, les plus contradictoires, se sont manifestées. De telle sorte que nous nous trouvons en présence, non pas d'un critérium reposant sur une base unique, autrement dit d'un dilemme, mais d'un critérium reposant sur des distinctions multiples et plus ou moins prédominantes. C'est ce travail de critique et de dosage que nous allons faire désormais pour établir si la part sociale d'une Société à responsabilité limitée est une part d'intérêt, ou si elle est au contraire un titre social analogue à une action, en d'autres termes, et par voie de conséquence, si la société à responsabilité limitée est une Société de personnes ou une Société de capitaux.

Une première distinction a été proposée dans la matérialisation du titre social dans un titre individuel. Le titre social qui serait représenté, matériellement et extérieurement, par un titre individuel serait une action. Dans le cas contraire ce serait une part d'intérêt <sup>1</sup>.

Si cette opinion devait être adoptée, les parts sociales des Sociétés à responsabilité limitée seraient des parts d'intérêt et non des titres analogues à des actions. En effet, l'article 21 de la loi de 1925 ordonne que *les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables, nominatifs, au porteur, ou à ordre*.

Mais ce caractère ne constitue pas un critérium. Il s'en faut de beaucoup, même, qu'il constitue une distinction prédominante. D'abord parce que ce caractère heurte les articles 35 et 36 du Code de Commerce qui n'indiquent la représentation matérielle des actions qu'à titre purement facultatif, de simple possibilité, et non pas à titre impératif <sup>2</sup>; et aussi, pouvons-nous ajouter, parce que la forme d'un titre, d'un droit, ne peut modifier en rien, la nature et l'essence de ce titre, de ce droit.

D'ailleurs une jurisprudence, aujourd'hui bien établie, déclare que le numérotage des parts représentant une fraction *égale* du capital social suffit pour que le titre social soit une action, indépendamment de toute remise aux associés d'un titre social, remise qui n'est obligatoire que lors de la mise au porteur de ces actions <sup>3</sup>.

1. Lacour, n° 394. — Comp. Civ. 10 août 1887, D. P. 87.1.440.

2. Wahl, J. S. 1913.215; Thaller et Pic, t. II, n° 721 et s.; Rousseau, t. I, n° 1072; Fraissingeat, *Ann. Dr. Com.* 1914, p. 115.

3. Req. 2 août 1886, D. P. 87.1.167; Amiens, ch. réunies, 20 novembre 1912, J. S. 1913.211 et note Wahl.

Une seconde distinction fut proposée dans la qualification même contractuellement donnée aux parts d'associé.

Nous ne disconvenons pas que la qualification donnée par les associés aux titres sociaux doit être présumée valable et correspondant à la vérité. Mais il n'y a là qu'une apparence. Et cette apparence sera détruite dès que les circonstances établissent que la qualification donnée n'est pas conforme à la réalité des choses et à la nature du droit <sup>1</sup>.

Il n'y a encore là qu'un élément de forme du titre social qui ne peut pas influencer en quoi que ce soit la nature de ce titre, de ce droit <sup>2</sup>.

Remarquons enfin que la loi de 1925 ne qualifie pas les titres sociaux d'une Société à responsabilité limitée de « parts d'intérêt ». Elle les qualifie de parts d'associé. C'est tout différent. En effet, il ne faut faire aucune assimilation du fait de l'emploi du mot « part » dans l'un et l'autre cas. « Part d'intérêt » indique un titre social caractérisé. « Part d'associé » au contraire est un terme générique, similaire à « titre social ». Une action est une part d'associé.

Une troisième distinction a été faite, consistant dans la négociabilité du titre, c'est-à-dire dans sa possibilité de transmission par les voies commerciales visées aux articles 35 et 36 du Code de commerce.

Le titre est-il négociable? C'est une action. Le titre n'est-il pas négociable, mais seulement cessible par les modes du droit civil? Ce serait une part d'intérêt <sup>3</sup>.

Ce critérium ne nous semble pas acceptable. Cette distinction n'est pas prédominante. En effet, les formes commerciales de transmission font seulement partie de la forme des titres; elles ne déterminent en rien ni la nature du titre, ni l'essence du droit.

Enfin, comment pourrait-on concilier cette distinction avec l'opinion incontestée suivant laquelle les actions d'apport d'une Société de capitaux, frappées d'indisponibilité biennale par la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 modifiée par la loi du 16 novembre 1903, constituent bien réellement des actions et non des parts d'intérêt?

Une distinction plus réelle consiste dans l'égalité des coupures.

1. Civ. 10 août 1887, S. 89.1.37; Req. 23 juin 1913, D. P. 1913.1. 513.

2. Fraissinnea, *ibid.*, 1914, p. 110; Thaller et Pic, t. II, n° 715; Lyon Caen et Renault, t. II, n° 516; Percerou, note sous D. P. 1904.2.242; Houpin, t. I, n° 225.

3. Lacour, *Rev. critique*, 1885, p. 456; Vavasseur, n° 7; — Comp. également Req. 27 mars 1878, D. P. 78.1.308; Req. 13 mars 1882, D. P. 83.1.83; Req. 9 février 1887, D. P. 87.1.439. — Cette jurisprudence, cependant, détermine davantage les caractères de l'action que la distinction faite entre l'action et la part d'intérêt.



Les titres sociaux sont-ils représentés par des coupures correspondant à des fractions inégales, ce sont des parts d'intérêt. Au contraire, les titres sociaux sont-ils représentés par des coupures qui sont toujours des fractions du capital social, d'une valeur aliquote, ce sont des actions <sup>1</sup>.

Cette distinction est fondée sur l'article 34 du Code de Commerce suivant lequel *le capital de la Société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale*.

Cet argument perd à peu près toute sa force par l'application qui est faite en jurisprudence de cet article 34. En effet une Société anonyme peut valablement émettre des actions à 100 francs et des actions à 200 francs, sans, pour cela, violer l'article 34 et sans devenir, pour cela, une société de personnes. D'autre part la loi du 16 novembre 1903 autorise la création d'actions de priorité, c'est-à-dire d'actions de valeur supérieure comparativement à certaines autres.

C'est ce qui fait comprendre que l'article 34 du Code de Commerce n'ait pas un caractère impératif sur lequel puisse se fonder un critérium.

Remarquons en outre que l'article 34 ne parle que des Sociétés anonymes et non des Sociétés de capitaux. Enfin, rien ne saurait empêcher une Société de personnes ni de demander à ses associés une quantité d'apports égaux ni de prescrire un partage égal de bénéfices entre ces associés <sup>2</sup>.

Toutes ces répliques une fois faites, il faut cependant observer que les inégalités entre actions ou coupons d'actions qui peuvent exister sont extrêmement différentes des inégalités existant entre les parts d'intérêt. En effet, les inégalités entre les actions n'existent qu'entre des séries d'actions que l'on compare. C'est en général, au contraire, entre *chacune* des coupures d'une Société de personnes que se constatera l'inégalité. Ainsi, il est totalement différent qu'une Société au capital de 30.000 francs ait son capital divisé en 100 titres sociaux de 100 francs et en 100 titres sociaux de 200 francs, ou que cette société ait son capital divisé en fractions de  $1/24^e$ , de  $1/14^e$ , de  $1/10^e$ , de  $1/3$ , et cœtera.

Il faut observer en outre que les actions doivent avoir une valeur nominale, alors qu'au contraire les parts d'intérêt ne sont que des fractions d'un capital, elles sont sans valeur nominale intrinsèque. Cette exigence de la valeur nominale des actions résulte nettement de l'ar-

1. Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 367 bis; Troplong, t. I, n° 128.

2. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 519; Wahl, *de l'augm. de capital dans les Soc. par actions*, n° 33; Wahl, note au J. S. 1913.206; Wahl, note au S. 1910.1.315; Rousseau, t. I, n° 1629; Houpin, t. I, n° 290; Thaller et Pic, t. II, n° 719.

ticle premier de la loi du 24 juillet 1867 interdisant les actions d'un nominal inférieur à 25 francs. Et surtout comment pourrait-on déterminer le quart dont ce même article exige le versement pour la constitution définitive <sup>1</sup>? Nous faisons remarquer que cette exigence d'une valeur nominale est nettement renouvelée par l'article 6 de la loi de 1925 qui édicte que le capital se divise en parts sociales de 100 francs ou de multiples de 100 francs.

Il faut enfin observer que les actions, étant la représentation d'une valeur, laquelle est une fraction du capital social, sont indivisibles. Alors qu'au contraire, les parts d'intérêt, étant directement une fraction du capital social, sont divisibles.

L'indivisibilité apparaît bien comme étant un des caractères des parts sociales des Sociétés à responsabilité limitée.

Une autre distinction a été faite, fondée sur la cessibilité du titre. Le titre est-il cessible? c'est une action. Le titre n'est-il pas cessible? c'est une part d'intérêt.

La cessibilité est la possibilité pour un associé de transmettre les titres sociaux dont il est propriétaire, et de se retirer, par le moyen de cette cession, de la Société. Il faut remarquer que cette distinction diffère de celle que nous avons mentionnée relativement à la négociabilité des titres sociaux, en ce sens que la cession est une transmission quelconque, alors qu'au contraire la négociation est la transmission par un mode commercial.

Il faut d'abord dire que la différence n'est pas aussi tranchée que celle qui semblerait résulter de la façon dont nous l'avons exposée. Il faut voir en quoi elle se résume.

L'incessibilité des parts d'une société de personnes est ordonnée par l'article 1861 du Code Civil. Mais cet article est loin d'être d'ordre public, et il peut être contractuellement dérogé à la règle posée. L'incessibilité est donc un caractère habituel et légal de la part d'intérêt. Ce n'en est pas un élément essentiel.

De même, et à l'inverse, dans une société de capitaux, si la cessibilité est la règle, il faut reconnaître que des entraves peuvent être apportées à cette cessibilité, qui ne peut, alors, plus être exercée que sous certaines conditions restreignant ce droit.

La jurisprudence est excessivement disparate. Ses décisions semblent s'inspirer beaucoup plus de circonstances de moment que de considérations de droit. En déduire des règles précises nous semble impossible.

1. Cf. Le Poittevin, note sous Civ. 14 janvier 1905, D. P. 1906.1.129.

Cependant, et quoique nous ayons noté contre une pareille distinction un arrêt de la Chambre des Requêtes du 29 octobre 1902<sup>1</sup>, nous croyons pouvoir dire que l'on considère *qu'il y a libre cessibilité* au cas où l'agrément du gérant, du Conseil d'Administration, ou de l'Assemblée générale, ne porte que sur le cessionnaire proposé par l'associé qui désire se retirer; *qu'il n'y a pas, au contraire, libre cessibilité*, lorsque ce droit d'agrément porte sur la cession elle-même. L'action supporte l'agrément de son cessionnaire, elle ne supporte pas l'agrément de sa cession<sup>2</sup>.

L'agrément du cessionnaire n'est pas en effet directement contraire au principe de la libre cessibilité des titres d'une Société de capitaux. Cette condition ne porte pas sur le principe de la cession ni sur les conditions de cette cession; cette condition ne porte que sur l'application de ce principe au regard d'un tiers. Ce n'est pas la cession que l'on empêche. C'est ce tiers que l'on ne veut pas voir entrer dans la Société. Le principe de la libre cession est donc sauf.

D'autre part, l'agrément de la personnalité du cessionnaire ne crédite pas, quoi que l'on puisse en penser, le caractère strictement pécuniaire des Sociétés de capitaux. Les statuts d'une Société anonyme peuvent stipuler que les actions seront toujours nominatives et que leur transmission sera réglementée de manière à conférer à la Société elle-même, représentée par son Conseil d'Administration, le droit d'évincer un propriétaire nouveau qui, pour une cause ou pour une autre, verrait sa personnalité propre considérée comme indésirable. En effet ce n'est pas en raison de sa personnalité que les droits sociaux de cet associé ont été déterminés, et enfin la considération de sa personnalité ne sert qu'à évincer cet aspirant-associé mais non pas à l'agréger à la masse des associés.

Il faut donc rechercher si les parts sociales des Sociétés à responsabilité limitée sont cessibles dans le sens que nous indiquons ci-dessus, et, en conséquence, si elles sont assimilables à des actions; ou si, au contraire, ces parts sociales ne sont pas cessibles et si, en conséquence, elles sont assimilables à des parts d'intérêt.

Il faut tout d'abord remarquer que la loi de 1925 prévoit les cessions de parts. C'est donc la faculté de cession qui est le principe, écartant tout à fait les Sociétés à responsabilité limitée du champ d'application de l'article 1861 du code civil.

1. D. P. 1904.1.49.

2. Comp. en ce sens Wahl, note au J. S. 1913.215; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 520; Wahl, note S. 90.1.577 et 1910.1.314; Rapport de M. Voisin, S. 89.1.437.



La réglementation que la loi de 1925 impose à ces cessions ne porte en aucun cas sur aucune des modalités de cette cession, sur aucune des conditions particulières qui furent élaborées et qui servent de base au consentement réciproquement donné par le cédant et le cessionnaire. Les articles 22 et 23 qui s'occupent de ces cessions n'en parlent à aucun moment. Il faut en conclure que les oppositions faites par les associés à l'entrée d'un tiers dans le cercle fermé des membres de leur Société ne peuvent pas être motivées sur une quelconque considération des conditions de cette cession. Seule, peut motiver cette décision la personnalité du cessionnaire.

D'ailleurs, il est tellement vrai que cet agrément ne peut porter que sur le cessionnaire, que, lorsque le cessionnaire est déjà agréé par la Société, c'est-à-dire, lorsque le cessionnaire est déjà un associé, aucune décision de la Société ne peut empêcher la cession de s'effectuer. En ce cas, une simple signification à la Société faite suivant les règles de l'article 1690 du code civil, est prévue par l'article 23. Cette signification d'ailleurs n'est prévue que pour se conformer aux dispositions de l'article 7 de la même loi, et pour que le gérant accomplisse et les formalités prévues en cet article 7 et la publicité secondaire des dépôts dans les greffes de l'article 12.

Mais le fait essentiel est que si la *personnalité* du cessionnaire a déjà été agréée par la Société, aucun agrément de la Société n'a désormais à intervenir.

N'est-ce pas là une preuve que c'est le cessionnaire et non la cession qui est l'objet de cet agrément?

Enfin il faut remarquer que la cession de parts dans une Société à responsabilité limitée n'exige pas une publicité par voie de la presse. En effet, si une telle publicité est requise pour les modifications à apporter aux Statuts, c'est-à-dire en cas de cession totale ou partielle faite à un tiers, étranger au cercle fermé des associés, par contre une simple publicité secondaire de dépôts dans les greffes est requise au cas où la cession se fait à un cessionnaire déjà associé.

C'est pour ces différentes raisons que nous considérons les parts sociales comme étant des parts en principe cessibles, et par voie de conséquence, des titres sociaux analogues à des actions.

Cette opinion sera d'ailleurs fortifiée si nous examinons en quoi peut consister l'*intuitus personae* dans une Société à responsabilité limitée.

Cette considération de l'*intuitus personae* peut se rencontrer sous des aspects différents suivant que l'on regarde la Société dans ses rapports

*externes*, c'est-à-dire dans ses relations avec les tiers, ou au contraire suivant que l'on regarde la Société dans ses rapports internes, c'est-à-dire en ses relations d'associés à associés.

Si on envisage les Sociétés selon les rapports *externes* que ces sociétés ont avec les tiers (*Ver tretung*), on est amené à dire que les Sociétés de capitaux, c'est-à-dire que les Sociétés où prédomine seul l'*intuitus pecuniæ* seront celles où la solvabilité de la Société se restreint aux seuls apports faits par les associés.

Au contraire, les Sociétés de personnes, où prédomine l'*intuitus personæ*, seront celles où la solvabilité de la Société s'établit d'une part d'après les apports sociaux et, *en outre*, d'après la solvabilité individuelle d'un ou de plusieurs des associés, solvabilité individuelle qui se trouve engagée d'une manière indéfinie pour tous les engagements sociaux. Considérée sous cet angle, la Société à responsabilité limitée est au premier chef une Société où prédomine l'*intuitus pecuniæ*, c'est-à-dire une Société de capitaux.

Mais, à l'inverse, on peut envisager les Sociétés selon les rapports internes que les associés ont les uns avec les autres (*Geschäftsführung*). En ce cas, les Sociétés de capitaux, où prédomine l'*intuitus pecuniæ*, sont celles où la vie sociale n'est influencée en rien par la personnalité individuelle de ceux qui composent la masse sociale. D'où naissent certaines conséquences quant à la direction et quant aux décisions à prendre, ou du vote dans les Assemblées. Les Sociétés de personnes, où prédomine l'*intuitus personæ*, sont celles où la personnalité individuelle des associés influence plus ou moins fortement la vie sociale.

C'est ainsi que dans la Société anonyme, type absolu de la société de capitaux, aucun actionnaire ne peut avoir, à raison de sa personnalité individuelle, un pouvoir de direction des affaires sociales plus considérable que ne sera le pouvoir que lui confère le nombre plus ou moins grand des actions dont il est propriétaire.

Au contraire, il est strictement interdit aux commanditaires d'une Société en commandite de s'immiscer dans la gérance, laquelle est exclusivement réservée aux associés en nom.

Suivant, encore, cette modalité, il faut bien reconnaître qu'aucun élément d'*intuitus personæ* ne joue dans les Sociétés à responsabilité limitée où seul règne l'*intuitus pecuniæ*.

De même, dans une Société de capitaux, la puissance de vote aux Assemblées est exclusivement déterminée par le nombre d'actions dont l'associé se trouve propriétaire ou qu'il représente et, plus généralement, d'après la quantité de capitaux qu'il a mis dans la Société, remarque

étant faite que nous écartons, pour la clarté de l'exposé, les discussions qui pourraient naître du fait d'actions de priorité ou du fait d'actions à vote plural. Au contraire, le vote des associés, dans une Société de personnes, est décompté par tête d'associé présent.

De ce chef encore, les Sociétés à responsabilité limitée voient leurs règles suivre l'*intuitus pecuniaz*. Nous ne pouvons en effet admettre l'interprétation que certains auteurs donnent du second alinéa de l'article 27 où les votes seraient acquis par tête et non suivant les capitaux, surtout lorsqu'on n'oublie pas la règle si claire émise par l'article 28 : *Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre de parts sociales qu'il possède.*

La Société à responsabilité limitée nous apparaît donc comme une Société de capitaux<sup>1</sup> dont les titres sociaux sont analogues à des actions.

Le soleil a des taches, mais il n'en constitue pas moins un objet lumineux.

Cette solution paraît bien avoir été admise par l'administration fiscale. La question s'est, en effet, rapidement posée, de savoir si l'impôt complémentaire et global était dû par les associés d'après les bénéfices que la société aurait réalisés, ou seulement d'après ceux qu'elle aurait distribués. Si la société est une société de personnes, c'est d'après le bénéfice réalisé que chaque associé devra, pour sa part et fraction, faire une déclaration pour son impôt complémentaire et global. Si la société est une société de capitaux, c'est seulement d'après le bénéfice distribué que chaque associé devra établir sa déclaration.

Dans une réponse écrite consignée au *Journal officiel* du 26 juin 1925, *Débats parlementaires*, p. 2898, le ministre des Finances a estimé que c'était d'après cette dernière formule que le contribuable devait établir sa déclaration, assimilant ainsi complètement les sociétés à responsabilité limitée aux sociétés anonymes<sup>2</sup>.

1. Voir en ce sens Bourcart, J. S. 1925.232.

2. Cette opinion est également professée par M. Lecerclé, *Recueil des questions fiscales* de juin 1925, p. 166.



## CHAPITRE PREMIER

### CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

**4. Conditions générales de validité des sociétés à responsabilité limitée.** — Toute société à responsabilité limitée doit satisfaire à certaines conditions de validité qui concernent la société en tant que contrat, d'abord, en tant que société, ensuite, et, enfin, en tant que société à responsabilité limitée soumise aux règles particulières fixées par la loi du 7 mars 1925.

Les règles applicables aux sociétés envisagées en tant que contrats, les règles applicables aux sociétés envisagées en tant que sociétés commerciales, sont des règles de droit commun, d'ailleurs, qui, comme toute les règles de droit commun, s'imposeront aux sociétés à responsabilité limitée, tant qu'elles ne se heurteront pas à une disposition expresse de la loi du 7 mars 1925.

Nous n'étudierons pas ici ces règles, pour l'examen desquels nous renvoyons aux traités généraux.

Comme nous l'avons indiqué au paragraphe précédent, les sociétés à responsabilité limitée s'apparentent aux sociétés de capitaux, et il devient tout naturel que, en principe, les règles propres aux sociétés anonymes s'appliquent aux sociétés à responsabilité limitée.

Il y a là une règle que reconnaissent presque tous les auteurs; même ceux qui ne voient dans les sociétés à responsabilité limitée qu'une formule hybride.

Toute société à responsabilité limitée doit donc essentiellement recueillir le consentement régulier de tous ceux qui s'agrègent à elle pour constituer son capital et former la masse commune de ses associés; ce consentement ne doit être vicié pour aucune des causes que reconnaît le Code civil en son article 1109; ce consentement doit émaner de personnes capables de s'engager; la société doit avoir un objet certain et une cause licite <sup>1</sup>.

1. Jugé notamment qu'une société à R. L. formée entre un pharmacien et un associé non diplômé est nulle, et que la liquidation de la société de fait qui a existé

En tant que société, envisagée *in genere*, la société à responsabilité limitée doit recueillir l'adhésion de souscripteurs ayant une volonté de s'associer, peut-être un peu plus fixe, un peu plus permanente que l'*animus societatis* souvent fugace et temporaire qui est seulement requis du souscripteur qui adhère à une société anonyme. En effet, la négociabilité des droits sociaux acquis par l'actionnaire est plus facile et en quelque sorte plus volatile que n'est la négociabilité des droits sociaux acquis par celui qui s'engage dans les liens d'une société à responsabilité limitée. Pour ce dernier, aucun raisonnement ne peut se fonder sur la jurisprudence qui admet le reporteur comme légitime propriétaire de l'action et qui reconnaît sa compétence pour exercer tous les droits sociaux attachés à l'action durant tout le court laps de temps du report. Par conséquent, on devra se montrer plus strict dans l'appréciation de la volonté de s'associer qui doit être à la base du consentement donné par celui qui souscrit, ou qui acquiert, des parts émises par une société à responsabilité limitée.

Néanmoins, on ne doit pas perdre de vue que la société à responsabilité limitée est une société de capitaux et non pas une société de personnes, de telle sorte que le consentement donné par l'associé ne peut que toujours s'analyser comme un consentement de capitaliste dont le principal objectif est de s'agréger à une société dont le capital statuaire sera intégralement libéré. Peu importe par qui cette libération sera effectuée.

La prohibition attachée aux sociétés formées entre époux ne peut être raisonnablement appliquée aux sociétés à responsabilité limitée. Cette société est de la même famille que la société anonyme.

C'est une société de capitaux, et cela suffit pour écarter une prohibition qui ne peut exister que pour des contrats personnels <sup>1</sup>.

Toute société, et, par conséquent, toute société à responsabilité limitée, suppose la mise en commun de certains apports. Pour la société à responsabilité limitée, ces apports doivent, avec non moins de rigueur que pour la société anonyme, être matériels et susceptibles d'être valorisés comme le seraient des espèces.

Comme pour toute société anonyme, la société à responsabilité limitée doit poursuivre la réalisation d'un bénéfice pécuniaire. En effet, le

entre les parties ne doit pas comprendre les apports des associés (Trib. com. Seine, 4 décembre 1929, J. S. 1930.518).

1. Cette solution est admise même par les auteurs qui ne reconnaissent pas à la société à responsabilité limitée le caractère de société de capitaux. Comp. Lépar-gneur, p. 274; Pic et Baratin, n° 135; Houpin et Bosvieux, n° 1559; Piot, 6 *ter*.

législateur déclare que les sociétés à responsabilité limitée sont essentiellement commerciales. Par conséquent, tout groupement qui, à l'aide d'apports matériels ou immatériels, poursuit un but autre que la réalisation de bénéfices pécuniaires susceptibles d'être partagés entre ses membres, ne peut se réclamer du mot *Société*. Un tel groupement est une association qui, elle, est régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901.

Peu importent les expressions, les formules dont se seront servies les parties.

On doit même ajouter qu'une association, c'est-à-dire un groupement à objet désintéressé, ou à objet intellectuel, ne peut pas se constituer sous la forme d'une société à responsabilité limitée.

Il avait été proposé la création d'un article 46 *bis* qui aurait autorisé les simples associations à emprunter les formules de la loi nouvelle, sans, pour cela, devenir commerciales. Ce texte n'a jamais vu le jour, étant en contradiction manifeste avec les préoccupations du législateur de 1901, profondément soucieux de ne pas ouvrir la porte à des associations simplement déclarées ou à des congrégations religieuses susceptibles de posséder un patrimoine important <sup>1</sup>.

Enfin, tout groupement pouvant se réclamer de la famille générale des sociétés doit obéir aux prescriptions de l'article 1855 du Code civil, de telle sorte que tout associé doit participer aux gains et aux pertes. La société léonine est entachée de nullité.

**5. Règles propres à la constitution d'une société à responsabilité limitée.** — Comme toute société de capitaux, la société à responsabilité limitée voit sa formation définitive précédée d'une période préparatoire où toute la vie sociale embryonnaire se trouve concentrée en la personne du fondateur.

Le fondateur est, à proprement parler, le gérant d'une association en participation qui a pour objet la réalisation définitive de la société projetée et à laquelle s'agrègent successivement ceux qui déclarent adhérer au programme de la future société et qui donnent leur souscription au fondateur, chargé, dans un intérêt collectif, de recueillir les souscriptions nécessaires et de veiller à la ponctuelle exécution des formalités et des prescriptions légales.

Les sociétés à responsabilité limitée étant, dans l'immense majorité des cas, d'une plus grande simplicité que ne le sont les sociétés

1. Comp. Lépargneur, 6; Lalou, *Les fondations et la théorie de l'imprévision*, D. H. 1927, p. 70.



anonymes, leur vie préliminaire sera plus courte et plus simple, mais cela ne change rien au fond des choses.

Toute société à responsabilité limitée suppose un ou plusieurs fondateurs dont le rôle essentiel consiste à établir les statuts de la future société, — à recueillir les souscriptions, — à veiller au fidèle versement du capital souscrit, — à réunir les associés en une première réunion, — à veiller à ce que toutes les prescriptions légales soient observées.

Le fondateur d'une société à responsabilité limitée encourt une responsabilité assez sensiblement distincte de celle qui pèse sur le fondateur d'une société anonyme, ce dernier échappant à toute sanction pénale aussitôt que la société anonyme ne procède à aucune émission d'actions.

Le fondateur d'une société à responsabilité limitée encourt une sanction pénale lorsqu'il fait, en connaissance de cause, une déclaration inexacte en ce qui concerne la répartition des parts sociales entre les associés, ou lorsqu'il procède à une émission publique pour aboutir à la souscription des parts divisant le capital social. Enfin les peines applicables au délit d'escroquerie sont encourues par tous ceux qui, à l'aide de manœuvres frauduleuses, ont fait attribuer à un apport en nature une estimation supérieure à celle de sa valeur réelle et intrinsèque, et qui ont ainsi permis la constitution d'une société affirmant un capital et une solvabilité supérieurs à ce qui existe en réalité.

Nous étudierons un peu plus loin ces diverses sanctions qui, à les supposer rigoureusement appliquées, ne manqueraient pas de présenter de très notoires dangers.

**6. Acte de Société.** — La constitution d'une société à responsabilité limitée suppose toujours la confection préalable d'un acte de société, que, dans le langage courant, on dénomme statuts.

Cet acte de société peut être rédigé en la forme notariée ou en la forme sous seings privés.

Le projet législatif du gouvernement ordonnait que les statuts de toute société à responsabilité limitée soient constatés par acte authentique<sup>1</sup>. Sur les observations de la Commission de la Chambre des Députés, cette obligation a été écartée ; de ce fait, une distinction notoire, génératrice d'une certaine économie, a été créée entre les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

1. La Chambre des Notaires de Paris le demandait également, et les arguments, forcément intéressés, qui étaient formulés en son nom ne manquaient pas de puérilité.

Au cas où la société à responsabilité limitée se forme entre une personne et un ou plusieurs de ses successibles éventuels, il est nécessaire de rédiger sous la forme notariée les statuts d'une société à responsabilité limitée, de manière à éviter la présomption de libéralité créée par l'article 854 du Code civil <sup>1</sup>.

Au sujet de l'apport d'un brevet, si l'on admet la théorie contraire à celle de la jurisprudence, et si l'on admet que la règle posée par l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844, modifiée par l'article 18 de la loi de finances du 26 décembre 1908, reste applicable au cas où la cession du brevet se réalise sous la forme d'un apport en société, on devrait encore établir en la forme authentique les statuts d'une société à responsabilité limitée dont le capital serait, pour partie, composé grâce à l'apport d'un brevet.

L'article 4 § 2 de la loi du 7 mars 1925 ordonne que le texte des statuts d'une société à responsabilité limitée devra, si l'acte est sous seings privés, être établi en autant d'originaux qu'il est nécessaire pour que l'un reste déposé au siège social et que les autres soient affectés aux diverses formalités requises.

Il faudra donc, au minimum, quatre exemplaires. L'un doit demeurer au siège social et doit servir à l'être moral lui-même de justification quant au consentement donné par les associés et quant à leur adhésion aux clauses des statuts. Un autre exemplaire sera gardé par l'administration de l'enregistrement lors de la présentation de l'acte à la formalité <sup>2</sup>, les deux autres exemplaires seront déposés, après enregistrement, l'un, au greffe du Tribunal de commerce, l'autre, au greffe de la justice de paix dans le ressort de laquelle se trouve fixé le siège social <sup>3</sup>.

Cette disposition de l'article 4, § 2 est dérogatoire au droit commun en matière de preuve, l'article 1325 § 1 du Code civil spécifiant que les actes sous seings privés qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

L'article 1<sup>er</sup>, alinéa 5 de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, avait déjà établi une dérogation de même nature.

1. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, n° 156; Pic. *Sociétés commerciales*, I, 416.

2. Loi du 29 juin 1918, article 14 : Les parties qui rédigeront un acte sous seings privés soumis à l'enregistrement dans un délai déterminé, soit par l'article 12 de la présente loi, soit par les lois antérieures, devront en établir un double sur papier timbré, revêtu des mêmes signatures que l'acte lui-même, et qui restera déposé au bureau de l'enregistrement, lorsque la formalité sera requise.

3. Loi du 24 juillet 1867, article 55, § 1. Voir Copper Royer, t. I, n° 106.

Mais on ne peut méconnaître que l'article 4 § 2 de la loi de 1925 a une précision infiniment moins grande que n'en a l'article 1<sup>er</sup> alinéa 4 de la loi de 1867. Aussi peut-il paraître prudent de rédiger l'acte de société en autant d'originaux qu'il y aura d'associés, plus un pour l'enregistrement, un pour le siège social, deux pour les greffes. On se sera ainsi mis plus complètement en règle avec les dispositions de l'article 1325, règles que les dispositions équivoques de l'article 4 § 2 ne contredisent pas expressément.

Le nombre de quatre exemplaires ne constitue au surplus qu'un minimum. Des exemplaires supplémentaires devront être établis chaque fois que la société sera appelée à posséder et à exploiter des établissements ou succursales situés dans un arrondissement ou un canton autre que celui du siège social.

Les règles à observer à cet égard sont celles que l'on doit observer pour les sociétés anonymes <sup>1</sup>.

**7. Nécessité d'un acte écrit.** — La rédaction d'un acte écrit est indispensable. Aux termes de l'article 9 de la loi de 1925, le défaut d'acte écrit entraîne la nullité de la société.

La plupart des auteurs considèrent que, du fait de cette disposition de l'article 9, la nullité frappant une société à responsabilité limitée formée sans un acte écrit est une nullité directe et intrinsèque.

Il est permis d'en douter. La nullité existera, cela n'est pas douteux, mais elle n'existera pas parce que le consentement des parties ne restera pas susceptible d'une preuve matérielle, mais bien parce que la société, non enregistrée, non publiée, sera une société clandestine, inopposable aux tiers, et, de ce fait, frappée d'une nullité qui peut être considérée comme une nullité *absolue*.

Rappelons qu'une nullité est susceptible de changer de nature propre si l'acte juridique, entaché de nullité sous la forme où les parties avaient voulu l'établir, peut cependant avoir une certaine valeur, en quelque sorte par glissement, si l'acte juridique, conçu sous une forme supérieure, dégénère en un acte juridique d'une forme inférieure.

C'est bien ce qui arrive aux sociétés clandestines, lesquelles sont nulles sous la forme que les parties avaient décidée, mais qui peuvent avoir une certaine vitalité si on ne les considère que comme des associations en participation.

1. Comp. Copper Royer, t. I, n° 109.



Il en sera de même des sociétés à responsabilité limitée à la formation desquelles ne se retrouve aucun acte écrit et qui ne peuvent être considérées que comme des associations en participation, sociétés d'une forme inférieure, dont la nullité peut être demandée par les parties, parce qu'elles ne correspondent pas à la formule de société qui avait réuni le consentement des parties.

Mais la nullité d'une société viciée pour une semblable cause ne sera qu'une nullité relative et elle n'aura aucun caractère rétroactif. Le Juge saisi du litige l'ordonnera. Il ne la constatera pas.

**8. Stipulations contractuelles des statuts.** — Le fondateur doit donc rédiger un acte écrit. Et cet acte écrit doit être établi en un certain nombre d'exemplaires, quatre au moins.

Cet acte écrit doit contenir un certain nombre de stipulations. Théoriquement, cet acte écrit doit servir aux parties de charte, aux dispositions contractuelles de laquelle tous devront se référer durant tout le cours de la vie sociale.

Ces dispositions contractuelles restent essentiellement soumises à la règle générale posée par l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil : *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi.*

Ces dispositions contractuelles contiennent différents mandats, elles contiennent aussi différents abandons de droits individuels. Le tout doit toujours être interprété de bonne foi.

Notamment, l'abandon préventif qu'une minorité possible fait de sa volonté en faveur de la volonté qui aura été celle d'une majorité ne peut se comprendre et se concevoir que si l'on suppose que la majorité ne manifestera sa volonté que dans un intérêt collectif et non pas dans un intérêt égoïste et individuel. Le mandat conféré à un gérant doit, lui aussi, toujours être interprété de bonne foi : il ne se comprend et il ne se conçoit que si le mandataire s'oblige essentiellement à ne jamais prendre de décisions qui ne pourraient trouver leur justification dans un intérêt social largement entendu, — à ne jamais utiliser les biens sociaux laissés en sa possession que pour un intérêt social.

Telle est, à notre avis, la base de toute théorie relative à l'abus du droit.

Tout acte de société à responsabilité limitée doit contenir un certain nombre de dispositions qui apparaissent comme indispensables, notamment parce que la loi spécifie que ces dispositions doivent être portées à la connaissance des tiers par le moyen de la publicité légale (article 7; article 8; article 14).

L'article 7 spécifie que l'acte de société doit mentionner la répartition de toutes les parts entre les associés et doit affirmer la libération intégrale des parts souscrites, par conséquent le versement intégral du capital; cette affirmation doit être renouvelée dans l'acte par les fondateurs.

L'article 8 spécifie que l'acte de société doit contenir l'évaluation donnée aux apports en nature.

L'article 14 dit que l'extrait de l'acte de société qui doit être publié dans un journal d'annonces légales doit contenir les énonciations suivantes :

La nature de la société (société à responsabilité limitée);

L'objet;

Les noms des associés ;

La raison sociale ou la dénomination adoptée par la société;

Le siège social ;

L'indication des personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la société;

Le montant du capital social;

L'espèce et la valeur des apports en nature;

La clause qui attribuerait des intérêts aux associés même en l'absence de bénéfices dans les termes et dans les conditions de l'article 34 de la loi;

L'époque où la société commence, celle où elle doit finir.

Telles sont les dispositions que l'on retrouve, d'une manière générale, dans les statuts d'une société à responsabilité limitée. Ces statuts peuvent en outre contenir toutes clauses contractuelles qu'il paraît aux parties utile d'insérer, et, dans l'usage, ces statuts reproduisent une partie des règles que pose la loi elle-même, soit pour déterminer les pouvoirs des gérants, soit pour fixer les conditions de leur nomination, de leur révocation ou de leur remplacement, soit pour régler la procédure des assemblées générales par le moyen desquelles les associés manifestent leur volonté collective, soit pour régler les modalités propres aux cessions de droits sociaux, soit, enfin, pour prévoir l'hypothèse d'une liquidation et pour en réglementer le fonctionnement.

Si la société a plus de vingt associés, les statuts doivent encore indiquer le nom des membres appelés à composer le conseil de surveillance (article 3, alinéa 2).

Les statuts ne peuvent tout d'abord être établis que durant la période préliminaire de formation et d'agrégation; ils ne peuvent donc

pas contenir dès l'origine la déclaration expresse que doivent faire les fondateurs quant à la répartition des parts sociales et quant à leur libération intégrale. Rien ne s'oppose cependant à ce que cette déclaration existe préventivement dans un texte qui, tout d'abord, ne sera qu'un projet, et qui ne deviendra un texte définitif que lorsque toutes les signatures requises auront été données.

On peut encore concevoir le dédoublement de cette opération, à laquelle la loi attache une importance primordiale. On peut admettre une rédaction primitive des statuts qui contiendrait bien toutes les clauses devant être celles du pacte social, mais qui ne mentionnerait l'affirmation des fondateurs que comme un élément nécessaire pour la formation de la société, cet élément nécessaire devant se matérialiser par un acte postérieur et distinct, à annexer à l'acte primitif, lequel n'aura jamais été présenté que comme un acte fait sous condition suspensive. Les deux actes ne prennent de vitalité que s'ils sont réunis.

Une semblable méthode ne peut porter préjudice à personne et on ne peut que s'étonner de voir que certains auteurs en ont contesté la régularité<sup>1</sup>.

**9. Réunion du capital. — Apports en espèces.** — Le fondateur, après avoir établi le texte des statuts, texte qui, d'une part, servira à donner aux tiers toutes indications utiles, et qui, d'autre part, servira de règle contractuelle aux associés durant tout le cours de la vie sociale, doit recueillir les adhésions nécessaires pour que le capital énoncé aux statuts soit intégralement souscrit.

Il y a là une fonction du fondateur qui reproduit exactement celle du fondateur d'une société anonyme.

Les souscriptions recueillies n'ont pas essentiellement à être matérialisées par la signature d'un bulletin de souscription; en effet, le bulletin de souscription a surtout pour objet de créer, pour le fondateur, d'abord, pour la société, par la suite, un titre justifiant du droit qu'a la société de réclamer au souscripteur devenu actionnaire le paiement des sommes dont il a promis de se libérer.

En matière de société à responsabilité limitée, l'adhésion du souscripteur doit être matérialisée par une signature que celui qui se déclare associé donne sur chacun des exemplaires de l'acte social. Le droit acquis par la masse collective des associés se trouve ainsi prouvé par cette signature même.

1. Drouets, 123.



En outre, quand il s'agit d'une société à responsabilité limitée, toute souscription doit être libérée intégralement; le bulletin de souscription n'est donc pas nécessaire.

En même temps que le fondateur recueille les adhésions nécessaires, le fondateur doit veiller au versement complet et intégral des fonds que chaque associé s'oblige à verser pour sa part contributive au capital social. Il y a là, pour tout fondateur, une obligation particulièrement stricte, car le fondateur sera amené à déclarer, dans l'acte constitutif même, que le capital social, énoncé aux statuts, a été intégralement souscrit et intégralement versé, et toute fausse déclaration à ce sujet entraîne la nullité de la société, la responsabilité pécuniaire de diverses personnes, au nombre desquelles se trouvera le plus souvent le fondateur, et, enfin, une sanction pénale qui consiste en une amende de 500 à 10.000 francs et en un emprisonnement de quinze jours à six mois (article 37).

Le fondateur a donc le plus grand intérêt à faire constater, d'une manière certaine et absolue, la matérialité du versement fait par les associés souscripteurs.

Il fera donc sagement en ne se contentant pas de recueillir effectivement les versements dus par chaque souscripteur, mais, en outre, en s'arrangeant pour que la matérialité de ces versements ne puisse jamais être contestée, ne serait-ce qu'en les faisant verser, ou qu'en les versant lui-même en Banque, en un compte spécial et facile à individualiser par la suite.

Mais il suffit que les fonds représentatifs du capital social existent matériellement au jour où se constitue la société; il suffit que ces fonds soient, à cette date, libres et disponibles, pour qu'emploi en soit fait comme le jugeront utile les représentants de la société. Peu importe par conséquent que, à quelques jours d'intervalle, le gérant consente une ouverture de crédit à l'un des associés, lequel se verra ainsi retransmettre la possession d'une quantité d'espèces exactement équivalente à celle de sa souscription.

**10. Apports en nature.** — Le capital de la société en voie de formation peut être constitué au moyen d'apports de numéraire, et, en ce cas, le législateur demande seulement leur versement effectif et intégral; il peut être aussi constitué au moyen d'apports en nature.

Les apports en nature sont évalués par le fondateur; ils doivent être énoncés dans l'acte de société; leur évaluation doit y être expressément mentionnée, ce qui revient à indiquer la proportion dans laquelle ces

apports en nature entrent dans la composition du capital total qui sert de limite à la solvabilité de la société.

Pour l'évaluation de ces apports en nature faits par un de ceux qui s'obligent à former le capital d'une société à responsabilité limitée, le législateur de 1925 a renoncé au système qu'avait adopté et ordonné le législateur de 1867, système dont l'expérience pratique a démontré le caractère insuffisant et, à proprement parler, infantin.

Comme dans les sociétés suisses, ce sont les associés eux-mêmes qui donnent aux apports en nature leur estimation définitive; cette estimation est d'abord provisoirement donnée par un accord entre le fondateur et celui des associés qui offre de se libérer autrement qu'en numéraire. Mais l'estimation définitive est donnée par les associés eux-mêmes, au moyen de l'acceptation qu'ils donnent au texte des statuts sociaux.

En effet, le texte de ces statuts doit mentionner exactement l'existence des apports et l'évaluation qui leur est attribuée.

Cette évaluation peut être globale, même s'il est fait, par un même souscripteur, un apport complexe comprenant des objets très variés, comme la chose est fréquente lorsque c'est un fonds de commerce qui fait l'objet de l'apport. Cependant, il sera toujours préférable de faire une ventilation, suivant la nature des biens différents qui sont apportés, une ventilation permettant un contrôle plus efficace<sup>1</sup>.

Une préoccupation évidente du législateur a été d'assurer la sincérité du capital annoncé aux tiers comme preuve de la solvabilité de la société et, par conséquent, d'éviter toute majoration dans l'évaluation donnée aux apports en nature.

Aussi, après s'en être remis aux associés eux-mêmes pour cette fixation de valeur, le législateur a-t-il pris des mesures assez étroites et assez sévères pour empêcher les associés de céder à toute tentation de majoration.

Il a décidé, dans l'article 8 de la loi, que les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature.

Il a décidé, dans l'article 38, que tous ceux qui, à l'aide de manœuvres frauduleuses, auront fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle, seront punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal.

1. En ce sens, Pic et Baratin, 173.

Cette double sanction, très différente dans ses éléments, très différente aussi dans ses effets, demande à être étudiée séparément.

**11. Quels biens peuvent être apportés en nature à une société à responsabilité limitée.** — D'une manière générale, les règles applicables aux sociétés anonymes quant à la matérialité des apports en nature qui peuvent entrer dans la composition de leur capital, demeurent applicables aux sociétés à responsabilité limitée; les sociétés de l'une et de l'autre des deux formules sont, en effet, des sociétés de capitaux, dont la solvabilité est uniquement fondée sur le capital que leurs statuts annoncent aux tiers. Il importe donc à l'ordre public même que ce capital, — symbole d'une solvabilité solennellement affirmée, — soit intégralement composé d'espèces, ou de valeurs équivalant à des espèces.

Le caractère strictement abstrait de la solvabilité d'une société à responsabilité limitée commande l'interprétation la plus rigoureuse pour l'appréciation d'un apport en nature fait à une pareille société. L'apport ne doit pas être fictif ni inexistant. Il doit être matériel. Il doit consister en une valeur susceptible de réalisation pécuniaire si la société entre en liquidation anticipée. Il faut d'ailleurs faire remarquer sur ce point qu'il y a deux choses différentes : la majoration d'apport, où il y a un apport, mais de valeur moindre que celle pour laquelle il fut évalué; et l'apport fictif, où il n'y a pas d'apport réel<sup>1</sup>. L'apport d'industrie devra être formellement prohibé, de même que tout apport intellectuel ou que tout apport ne présentant pas une matérialité suffisante.

Par exemple, il ne saurait y avoir apport dans l'engagement pris par un fondateur de se charger des frais de l'acte de société<sup>2</sup>. Car il n'en résulte pas pour la Société la mise en commun d'une chose exploitable et susceptible de produire des bénéfices. Il en est de même pour les études et démarches faites en vue de la constitution d'une société<sup>3</sup>.

S'il s'agissait d'une succession future, la prohibition à cet égard résulte de l'article 1130 du Code civil.

Une solution exactement identique doit intervenir pour tout apport conditionnel : l'existence même de la société demeure alors liée à la réalisation de la condition.

1. Voir Copper Royer, t. I, n° 15, 85 et suivants.

2. Besançon, 27 mars 1903, D. P. 1904.2.241.

3. Montpellier, 20 mars 1903, J. Soc. 1904.254; — Trib. civil Seine, 2 novembre 1910, J. Soc., 191 .445.



Enfin, contrairement aux règles posées par la jurisprudence et la doctrine au sujet des sociétés anonymes <sup>1</sup>, nous estimons qu'une chose future ne peut faire l'objet d'un apport à une société à responsabilité limitée. En effet, le capital de ces sociétés doit être, nous le savons, intégralement et immédiatement libéré, et comment pourrait-on considérer une chose future comme représentant un capital entièrement et immédiatement libéré?

**12. De l'apport d'usufruit et de l'apport en jouissance.** — L'apport d'un usufruit est discutable, mais on peut l'envisager comme étant un apport valable, l'usufruit ayant une valeur vénale certaine au jour où la société se constitue <sup>2</sup>. Seulement, ce qu'il convient d'ajouter, c'est que la valeur vénale de cet usufruit décroît jour à jour. Certaines clauses spéciales devront donc être insérées dans l'acte social, pour que des mesures compensatrices soient prises dans la comptabilité, de manière à ce que la dépréciation de l'élément actif constitué par l'usufruit trouve, année par année, sa contre-partie dans une réserve dont la constitution s'impose aux parties plus énergiquement encore que ne s'impose la réserve légale.

Il en sera exactement de même pour tout apport en jouissance, soit que la jouissance soit concédée pour un temps déterminé, soit que la jouissance soit concédée pour un temps égal à la durée même de la société. Il en sera notamment ainsi au cas d'apport d'un bail ou au cas d'apport d'une licence de brevet.

Il ne faut pas perdre de vue que tout apport en jouissance est un apport que l'on peut comparer à celui qui aurait pour objet un portemonnaie qui se viderait lentement. L'apport en jouissance, c'est l'apport d'un hectolitre de vin dans une barrique qui fuit. Exact au jour où il est effectué, l'apport cesse progressivement de l'être. La société est donc régulière au jour où elle est constituée, mais elle devient discutable et peut être irrégulière un an après.

Pour donner à sa régularité d'origine un caractère permanent, il sera indispensable d'insérer dans les statuts de la société à responsabilité limitée des clauses compensatrices, dont les effets devront se produire annuellement, alors même que le compte de profits et pertes ne se solderait pas en bénéfice, et ce, de manière à créer un compte de pertes qui, s'il ne peut s'amortir sur les bénéfices de l'exercice,

1. Comp. Copper Royer, t. I, n° 15, les auteurs et la jurisprudence citée.

2. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, n° 169.

devra être maintenu au bilan et absorber les premiers bénéfices disponibles.

Cette question de la permanence de l'apport présentera une acuité particulière dans l'hypothèse d'un apport complexe englobant et des biens transmis en toute propriété et des biens qui ne sont transmis qu'en jouissance : il en serait par exemple ainsi dans l'hypothèse d'un apport de fonds de commerce. Un fonds de commerce comprend des éléments très variés. Parmi ces éléments se retrouve le bail des locaux où le fonds est exploité. Il est vrai que la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale apportera sur ce point certains adoucissements. Mais il n'en est pas moins vrai que si, parmi tous les éléments composant le fonds de commerce, une ventilation a été faite, de manière à attribuer une valeur propre au bail (qui ne constitue qu'un apport en jouissance), l'apport cessera d'être un apport permanent pour la partie qui se rapporte au bail, subissant une dépréciation qui s'accroîtra année par année.

**13. Apport de biens grevés de dettes.** — Une hypothèse plus lourde de conséquences se présente souvent.

L'apport d'un bien qui demeure grevé de certaines dettes suivant ce bien en quelques mains qu'il passe (hypothèque immobilière, ou nantissement d'un fonds de commerce) peut être un apport suffisant. Un immeuble hypothéqué peut conserver une certaine valeur propre, et si l'apport de cet immeuble grevé n'est fait que pour cette valeur réduite, aucune réclamation ne peut être formulée <sup>1</sup>. Le capital constitué au moyen de cette valeur réduite est un capital exact et c'est aussi un capital intégralement libéré. Il n'en est pas moins vrai que cet immeuble court certains risques d'expropriation que tout immeuble libre d'hypothèque n'a pas à supporter. Mais si les conditions de l'apport ont été loyales et franches, personne ne peut avoir de critique à émettre.

Il est seulement à noter que, dans une société anonyme, il existe une procédure d'approbation d'apports en nature qui n'est pas stipulée dans la loi du 7 mars 1925, sur les sociétés à responsabilité limitée. Il n'y

1. Comp. en ce sens, Civ. rejet, 22 février 1892, D. P. 94.1.147.

S'il en était autrement, et s'il pouvait être démontré que le passif hypothécaire est supérieur à la valeur vénale de l'immeuble, l'apport serait fictif, et, par voie de conséquence, la société serait nulle (Paris, 14 avril 1883, D. P. 84.2.122; Req. 14 juin 1887, D. P. 87.1.417; Douai, 6 août 1903, *J. Soc.* 1904.220; Lyon, 28 février 1907, D. P. 1913.2.265).

a pas de commissaire. Il n'y a pas de rapport préalable. Par conséquent, l'indication, loyale et franche, des conditions de l'apport, — si le bien apporté est grevé, — doit obligatoirement se trouver consignée dans les statuts eux-mêmes, par l'effet d'une stipulation nette et sans ambiguïté.

Cette stipulation devra être portée à la connaissance des tiers par l'effet de la publicité légale. En effet, elle comporte en elle-même le germe d'un risque dont les tiers doivent être équitablement avisés<sup>1</sup>.

Il en doit d'autant plus être décidé ainsi quand l'apport d'un immeuble grevé d'une hypothèque, ou quand l'apport d'un fonds grevé d'un nantissement est stipulé fait net et quitte de toutes charges, l'existence de l'hypothèque ou du nantissement étant loyalement et ouvertement avouée, mais l'apporteur prenant l'engagement de rapporter dans un délai déterminé un certificat de radiation de toutes inscriptions prises.

En pareille circonstance (rendue fréquente, par des nécessités d'ordre fiscal, car la prise en charge d'un passif immobilier entraîne des droits très élevés<sup>2</sup>), on ne peut que décomposer l'opération et on doit reconnaître qu'il existe un apport comprenant deux éléments très distincts :

L'immeuble, qui est grevé, et qui, par conséquent, a une valeur moindre que sa valeur totale;

L'obligation que contracte l'apporteur de rapporter mainlevée des inscriptions existantes.

C'est en considération des deux éléments de l'apport que le consentement des associés se forme et qu'une évaluation est donnée à l'immeuble, ou au fonds, apporté.

Mais de ces deux éléments d'apport, l'un est actuel et certain, c'est l'immeuble; seulement, cet élément d'apport est incomplet, car l'immeuble grevé ne constitue pas un apport entièrement libéré. L'autre élément complète le premier. Seulement ce deuxième élément consiste en une prestation future, et, par conséquent, incertaine. La Société se trouvera donc, tant que cette prestation promise n'aura pas été réali-

1. Jugé, en sens opposé, que l'article 14 de la loi du 7 mars 1925 n'ordonnant la mention, dans l'extrait légal, que du montant du capital social, de l'espèce et de la valeur des apports en nature; le défaut de spécification dans cet extrait que les apports immobiliers sont grevés d'hypothèque et que les apporteurs ont pris l'engagement de produire, dans le délai de trois mois, un certificat de radiation des inscriptions, n'entraîne pas la nullité de la société pour défaut de publicité (Riom, 22 novembre 1928, D. P. 1930.2.121).

2. Voir à ce sujet, Copper Royer, t. III, n° 746.



sée, dans une situation précaire, incertaine. Ce n'est qu'un projet de société. Ce n'est qu'une société encore endormie sous les voiles d'une condition suspensive.

Il est douteux que ces conditions correspondent aux pensées et aux volontés du législateur de 1925.

Il est certain par contre que cette formule est généralement acceptée dans la pratique, et admise comme régulière par la doctrine <sup>1</sup>.

Elle est cependant éminemment dangereuse.

Et elle suppose sans nul doute la bonne fin des prestations et libérations promises.

Si l'apporteur manque à l'obligation qu'il a contractée, s'il ne rapporte pas la main levée des inscriptions dans le délai statutairement prévu (ou à première demande, comme cela est parfois stipulé), il manque à une des conditions de l'apport, et, du même coup, toute la société peut être déclarée nulle, le capital de celle-ci n'étant manifestement pas entièrement libéré, soit qu'on considère l'apport comme pur et simple, mais soumis à la condition d'une radiation fournie dans le délai imparti, soit, ce qui paraît plus juridique, qu'on le considère comme composé d'un double élément, le premier de ces éléments consistant dans le bien grevé (et qui vaut ce qu'il vaut) le second consistant dans l'obligation de fournir mainlevée, ce deuxième élément représentant la valeur vénale complémentaire attribuée au bien dont la société doit jouir paisiblement.

Mais cette défaillance de l'apporteur fait jouer l'article 8 de la loi de 1925 : les autres associés sont solidairement responsables *au regard des tiers* de l'évaluation attribuée lors de la constitution de la société aux apports en nature. On peut donc facilement admettre l'hypothèse d'un paiement fait par intervention. Ce paiement sera fait par les autres associés que l'article 8 rend cautions des obligations de l'apporteur.

On peut admettre que, de la sorte, et grâce à ce paiement par intervention, la société sera régulière, ou régularisée, du moment que ceux qui paient par intervention renoncent à toute créance à l'encontre de la Société et rapportent radiation de l'inscription en ce qui concerne celle-ci, leur droit à l'encontre du véritable débiteur se résorbant dans le droit de saisir et de s'attribuer les parts qui auraient dû revenir à cet apporteur défaillant.

1. Comp. notamment Paul Pic, note au D. P. 1930.2.121; Auger et Michel, sous l'article 7 de la loi.

Ce qui importe à la société à responsabilité limitée, aux tiers appelés à contracter avec elle, aux associés eux-mêmes, ce n'est pas tant que les apports soient libérés, mais bien que les parts sociales qui correspondent au capital soient entièrement libérées <sup>1</sup>.

Si ces parts sociales viennent à être libérées, le capital finit par être intégralement versé, et il semble que personne ne peut plus demander la nullité de la société, faute d'intérêt.

En effet, nous devons faire remarquer que les sociétés à responsabilité limitée sont de la famille des sociétés de capitaux, et, par conséquent, de la même famille que les sociétés anonymes. La jurisprudence qui s'est établie sur l'exception du défaut d'intérêt opposé à une action judiciaire d'un associé d'une société anonyme qui demande la nullité de cette société, doit jouer pour les sociétés à responsabilité limitée. Donc l'associé doit justifier des conditions d'acquisition du titre qui a fait de lui un associé. Le juge doit apprécier la bonne foi de cet associé. Le juge doit même rechercher si l'associé demandeur n'est pas irrecevable du fait qu'il aurait participé et engagé sa responsabilité dans certaines assemblées générales <sup>2</sup>.

On pourrait encore faire entrer en ligne de discussion les principes de régularisation automatique posés par la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 <sup>3</sup>, loi qui n'est évidemment pas applicable aux sociétés à responsabilité limitée, qui ne remontent qu'à 1925. Cependant, la loi de 1893 pose un principe d'ordre assez général pour pouvoir être considéré comme une application extensive de l'article 1338 du Code civil, et pour pouvoir, en conséquence, être appliqué à des hypothèses, différentes quant au droit, équivalentes quant au fait.

**14. Apport de fonds de commerce.** — Tout apport de fonds de commerce doit faire l'objet d'une publicité spéciale, qui est distincte selon que l'apport est fait à une société qui se constitue, ou selon qu'il est fait à une société qui augmente son capital.

Une certaine divergence peut être relevée entre l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 et l'article 7 de la même loi.

La jurisprudence se fonde sur le texte de l'article 7 pour dire que

1. En ce sens, Riom, 22 novembre 1928, D. P. 1930.2.121.

2. En ce sens, Req. 3 novembre 1883, D. P. 84.1.339; Paris, 5 août 1890, *J. des Soc.* 92.238; Paris, 31 mars 1892, D. P. 93.2.249; Douai, 30 mars 1905, *J. des Soc.* 1905.500; Paris, 11 mai 1927, *Sem. Jurid.* 27.429; Lyon, 2 janvier 1928, D. H. 1928.158. — Comp. en sens opposé, Trib. comm. Seine, 14 novembre 1927, *J. des Trib. de comm.* 1929.42.

3. Voir Copper Royer, t. I, n<sup>os</sup> 137 et 138. Comp. *infra*, n<sup>o</sup> 34.

lorsqu'une société anonyme reçoit, au moment même de sa constitution, l'apport d'un fonds de commerce, les administrateurs de cette société nouvelle n'ont à procéder à aucune formalité spéciale de publicité afin d'aviser les tiers et de les mettre en demeure d'avoir, dans le délai de quinzaine, à pratiquer l'opposition prévue en l'article 3 de la loi. L'accomplissement des formalités prévues par les articles 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867 suffit pour avertir les tiers, et c'est à compter du jour où se fait la publication des statuts dans un journal d'annonces légales que commence à courir le délai de quinzaine imparti aux créanciers non inscrits pour pratiquer une opposition <sup>1</sup>.

Nous rappelons que les articles 12 et 13 de la loi du 7 mars 1925 mettent à la charge des sociétés à responsabilité limitée des formalités de publicité légale exactement égales à celles des articles 55 et 56 de la loi de 1867.

La même jurisprudence proclame que c'est au contraire l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 qui doit être appliqué lorsque le fonds de commerce est apporté à une société déjà existante, qui réalise cette acquisition en procédant à une augmentation de son capital.

On doit alors procéder comme on ferait s'il y avait une acquisition de fonds de commerce payable en espèces et non en droits sociaux, c'est-à-dire que les représentants légaux de la société acquéreuse doivent, dans la quinzaine de la date du contrat d'acquisition (soit dans la quinzaine de l'assemblée générale ayant définitivement approuvé cet apport) publier la mutation intervenue dans la propriété du fonds de commerce, sous forme d'extrait ou d'avis, dans un journal d'annonces légales du ressort du tribunal de commerce *où se trouve le fonds* (par conséquent ailleurs peut-être qu'au siège social de la société).

L'extrait ou l'avis doit contenir la date de l'acte, les noms, prénoms et domicile de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, l'indication du délai fixé pour les oppositions et une élection de domicile dans le ressort du tribunal.

La publication doit être renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion.

Dans les dix jours au plus tard qui suivent la deuxième insertion, tout créancier du précédent propriétaire (en l'espèce l'apporteur) peut former au domicile élu, par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix. Peu importe même que la créance ait un caractère

1. En ce sens, Civ. cass. 26 mai 1914, D. P. 1919.1.93.



litigieux <sup>1</sup>. L'opposition doit, à peine de nullité, énoncer le chiffre et les causes de la créance.

L'article 3 dit, en son dernier alinéa, que l'acquéreur qui, sans avoir fait les publications, ou avant l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers.

L'article 7 ajoute que, s'il y a apport fait à une société, les associés qui reçoivent l'avis d'une opposition peuvent former, dans la quinzaine (ce qui, pour une société anonyme, est un délai tellement restreint qu'il est prohibitif), une demande en annulation de la société ou de l'apport. Et si l'annulation n'est pas prononcée, la société est tenue solidairement avec le débiteur principal (c'est-à-dire l'apporteur) au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié.

Une autre publicité doit encore intervenir et doit être faite au *Bulletin Officiel des Ventes et Cessions de fonds de Commerce* organisé par le décret du 4 août 1926, en conformité et en exécution de l'article 101 de la loi de finances du 13 juillet 1925, modifié par l'article 34 de la loi de finances du 29 avril 1926 <sup>2</sup>.

Il ne semble pas qu'il y ait aucune raison de ne pas faire application aux sociétés à responsabilité limitée des règles tant légales que jurisprudentielles que nous venons de rappeler.

La seule question qui pourrait prêter à discussion, c'est l'applicabilité de l'article 7 aux apports faits à une société en voie de formation, mais les termes du premier alinéa de cet article sont suffisamment compréhensifs pour englober toutes les sociétés, même celles qui ne pouvaient être expressément visées, en 1909, par le législateur.

L'apport d'un fonds de commerce fait à une société à responsabilité limitée en formation ne donne donc ouverture qu'à la publicité ordinaire prescrite par les articles 12 et 13 de la loi de 1925.

Au contraire, des avis spéciaux devront intervenir chaque fois que le fonds de commerce sera vendu contre espèces, ou apporté à une société à responsabilité limitée déjà constituée et procédant à une augmentation de capital, ou encore lorsque l'apport ne sera pas un apport pur et simple, uniquement rémunéré par une attribution de droits sociaux, mais un apport mixte, rémunéré pour partie par des droits sociaux et pour partie par des espèces <sup>3</sup>.

Supposons qu'une société à responsabilité limitée reçoive l'apport

1. Trib. comm. Seine, 6 mars 1929, *J. Soc.* 1930.299.

2. Voir Copper Royer, t. I, n° 85 bis.

3. Comp. sur ce dernier point, Paris, 25 février 1926, *Rev. Soc.* 1927.13.

d'un fonds de commerce. Elle procède, suivant ce qu'il y a lieu de faire, soit à la publicité prescrite par l'article 3, soit à la publicité prescrite par l'article 7.

L'apport avait été stipulé net et quitte de toutes dettes ou charges.

Contrairement aux prévisions des parties, des oppositions se produisent.

Les associés ont le choix : ils peuvent demander à la justice d'ordonner la nullité de l'apport. Ils peuvent passer outre et, dans ce cas, la société à responsabilité limitée devient responsable du passif déclaré dans les oppositions.

Cette responsabilité de la société réceptrice de l'apport a moins de conséquences dans une société anonyme que dans une société à responsabilité limitée, parce que les actionnaires d'une société anonyme ne sont jamais responsables au-delà de leur mise, tandis que les associés d'une société à responsabilité limitée sont solidairement responsables envers les tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution aux apports en nature.

Par quels moyens la volonté de l'Etre moral va-t-elle être appelée à se prononcer en un sens ou en l'autre? Notons que cette volonté doit se manifester dans le délai maximum de quinze jours.

A cause de cette question de délai, la question se trouve très difficile à résoudre pratiquement. Pour une société anonyme, le Conseil d'administration paraît incompétent pour trancher à lui seul une question aussi grave <sup>1</sup>. Il faut, de toute nécessité, que la volonté de l'Etre moral se manifeste par une résolution de l'Assemblée générale. Or, un délai de quinzaine est, pour la réunion d'une assemblée générale *au quorum* des deux tiers, un délai très étroit.

Lorsque l'apport, ultérieurement frappé d'opposition, a été fait à une société à responsabilité limitée, une solution identique doit être donnée : ce n'est certainement pas le gérant qui peut prendre une décision aussi grave que celle qui peut aboutir à l'annulation de la société. Le gérant d'une société à responsabilité limitée peut être un étranger, qui n'est alors uni par aucun lien au groupe des associés, qui n'a alors effectué aucun apport social. Le mandat dont il est investi ne peut être qu'un mandat d'administration, à tout le moins pour le règlement des rapports internes que les associés peuvent avoir ensemble. Il faut donc réunir d'urgence l'assemblée générale des associés et c'est cette assemblée générale qui prendra la résolution de répudier

1. Voir Copper Royer, t. I, n° 85 bis.

les apports, ou de les accepter, et, dans ce cas, de rendre la société codébitrice des créances affirmées dans l'opposition et ultérieurement justifiées.

Si l'Assemblée décide de renoncer aux apports en nature qui lui ont été faits, l'assemblée doit prendre en même temps toutes les mesures qui sont une conséquence directe de la décision qu'elle adopte. Cette décision entraîne soit l'annulation de la société, soit l'annulation de l'apport. Ce sont les associés qui doivent exercer leur choix quant à l'une ou l'autre de ces solutions alternatives.

Il semblerait logique d'exclure du vote l'associé apporteur, par l'effet d'une disposition analogue à celle contenue en l'alinéa 5 de l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 : *Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative.*

Mais le législateur de 1925 (qui n'a évidemment pas prévu le cas) a ordonné, en l'article 28 de la loi du 7 mars 1925, ce qui suit : *Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède.*

Personne ne peut donc exclure du vote un associé, dûment inscrit comme tel, alors même qu'il s'agit de voter rétroactivement sur l'acceptation ou sur la répudiation des apports qui ne sont pas ceux qui avaient déterminé leur consentement originaire.

Il semble bien qu'il y ait là une inconséquence, une faute d'harmonie, mais on ne peut ici s'en prendre qu'au seul législateur qui, en rédigeant l'article 28 tel qu'il est établi, a ouvert la porte à un certain nombre d'abus de droit.

Le manque d'harmonie est d'autant plus choquant que la faute de l'associé apporteur est notoire : il avait promis un apport franc et quitte, et il n'a pas fait le nécessaire pour que la société acquière la jouissance paisible à laquelle l'article 1625 du Code civil lui donne droit. Et aussi parce que la décision qui interviendra, peut-être déterminée par le vote prépondérant de cet apporteur fautif, va entraîner pour tous les associés la responsabilité solidaire ordonnée par l'article 8, alinéa 1.

Mais, nous le répétons, les termes de l'article 28 sont tellement formels, tellement impératifs, qu'il paraît impossible d'introduire dans la réglementation de cette assemblée générale appelée à statuer sur la répudiation de l'apport une directive analogue à celle que précise la loi sur les sociétés par actions.



L'Assemblée générale prendra donc une décision.

Peut-être décidera-t-elle de demander aux tribunaux d'annuler la société.

Dans ce cas, un liquidateur doit être nommé, car la société a existé pendant un temps déterminé, certains engagements ont pu, entre temps, être pris envers des tiers; des dépenses ont été certainement effectuées, ne seraient-ce que celles d'enregistrement ou de publicité légale. L'apporteur ne peut reprendre purement et simplement le bien qu'il avait apporté, en libération d'une souscription qui doit participer aux dépenses de la masse sociale.

Il se peut aussi que l'Assemblée décide seulement de demander en justice l'annulation de l'apport; dans ce cas, le bien apporté sera restitué à l'apporteur, lequel devra renoncer aux parts sociales qui lui avaient été attribuées. Le capital sera réduit d'autant. Cette réduction devra être portée à la connaissance des tiers par toutes formalités de publicité légale. L'apporteur y gagnera de ne pas participer aux dépenses de constitution originellement déboursées par la Société dont il cesse d'être l'associé.

Il se peut enfin que, pour une cause ou pour une autre, la volonté de l'Être moral ne puisse se manifester, pour défaut de *quorum* par exemple, ou par l'effet d'une impossibilité matérielle. Dans ce cas, personne ne peut, en temps utile, entamer devant les Tribunaux la demande en liquidation ou la demande en annulation de l'apport et la Société demeurera responsable des créances qui auront été mentionnées dans les actes d'opposition et qui seront reconnues justifiées.

En pareil cas, l'apport statutaire promis et réciproquement accepté n'est pas un apport entièrement libéré. On ne peut même pas dire qu'il ait été entièrement libéré au jour de la constitution pour cesser de l'être seulement au jour où fut pratiquée l'opposition, parce que l'apport ne peut être réputé fait que sous cette condition suspensive qu'aucun trouble essentiel ne viendra empêcher la Société d'exercer la jouissance paisible et complète à laquelle elle a droit. On ne peut trouver ici qu'une application de l'article 1177 du Code Civil, en ajoutant que l'article 1179 donne à la condition suspensive un effet rétroactif. Et l'article 1177 trouvera d'autant plus à s'appliquer que les délais de la loi du 17 mars 1909 sont relativement très courts, de telle sorte qu'il est parfaitement admissible que la volonté des associés ait été de subordonner leur consentement à la condition qu'aucune opposition ne surviendra dans le courant de ces délais légaux.

Dès lors, il semble bien que n'importe quel associé pourra s'échapper assez facilement des limites étroites imposées par la loi du 17 mars 1909, laquelle n'a pas envisagé la majeure partie des hypothèses de fait où peuvent se trouver des associés en cas d'apport, la loi ayant surtout prévu la vente d'un fonds de commerce, avec un prix payable en espèces.

Le raisonnement serait alors le suivant :

L'article 7 § 2 dit que les parts sociales correspondant à des apports en nature doivent toujours être entièrement libérées au moment de la constitution de la société;

Les apports ne peuvent être réputés avoir été considérés comme entièrement libérés que sous la condition suspensive qu'aucune opposition ne surviendrait dans les délais fixés par la loi du 17 mars 1909;

Une opposition étant survenue, et les circonstances faisant que la société elle-même peut se voir réclamer, du fait de ces apports, le paiement d'une créance qu'il incombe à l'apporteur de solder et que ce dernier n'a pas encore payée au jour de l'assignation, les parts qui lui ont été attribuées ne peuvent être considérées comme entièrement libérées;

La Société doit donc être reconnue comme entachée de nullité et sa liquidation anticipée s'impose.

Pour empêcher l'introduction d'une semblable instance judiciaire, il faudra que l'apporteur rapporte mainlevée des oppositions, régularisant ainsi une situation temporairement troublée, ou bien qu'un tiers paie par intervention les créanciers opposants en rapportant mainlevée de l'opposition et en déclarant ne vouloir avoir comme débiteur que le seul apporteur <sup>1</sup>.

A ce prix seulement, le capital statutaire pourra être réputé intégralement souscrit et les parts le divisant pourront être réputées intégralement libérées.

**15. Sanctions civiles spécialement relatives aux règles concernant les apports en nature.** — Les règles posées par la loi du 7 mars 1925 au sujet des apports en nature faits à une société à responsabilité limitée sont doubles : d'une part, les parts correspondant aux apports doivent être entièrement libérées, et l'évaluation donnée aux apports doit être énoncée aux statuts; d'autre part, la valeur estimative donnée à ces apports doit être sincère et exacte.

1. C'est une hypothèse analogue qui a permis à la Cour de Riom de rendre l'arrêt par elle rendu le 22 novembre 1928, D. P. 1930.2.121.

Nous avons vu dans les paragraphes précédents certaines hypothèses desquelles pouvait découler cette conséquence que les parts correspondant à des apports en nature pouvaient être considérées comme non entièrement libérées.

La sanction d'une non libération intégrale de celles des parts sociales qui correspondent à un capital déclaré libéré au moyen d'apports en nature ne peut être que la nullité de la Société.

Cette nullité sera une nullité relative. Elle se rapporte en effet à une condition de validité de l'acte juridique qui est intervenu, et non pas à une condition de l'existence même de l'acte.

Ce n'est pas ici la place de faire une théorie générale des nullités dans notre droit. Cependant, nous estimons utile de préciser cette notion. En effet, on parle souvent de nullités et on a souvent à en parler. Or, les idées que l'on peut en avoir sont en général assez vagues. Comme nous aurons souvent à parler de nullités, nous estimons devoir exposer, brièvement, ce que nous envisageons par ce terme.

La nullité est la sanction de la garantie d'une règle de droit <sup>1</sup>. Les règles de droit sont infinies. Les nullités seront donc multiples. Elles participent de la nature et de la gravité de l'infraction commise. Et la qualité de la nullité variera suivant la qualité de l'infraction, c'est-à-dire, suivant la qualité de la disposition législative qui est enfreinte. Il faut faire remarquer, d'ailleurs, que le législateur est le premier à se rendre compte des différences qu'il convient de constater entre ces infractions et d'ordonner dans leurs sanctions.

Deux grandes familles de nullités existent : les nullités absolues, les nullités relatives <sup>2</sup>. Les premières sont les sanctions des infractions aux conditions d'existence même de l'acte juridique. Les secondes ne sont que les sanctions des infractions aux conditions de validité de l'acte juridique.

Les nullités absolues auront donc pour origine des infractions aux conditions d'existence posées par l'article 1108 du Code civil, à savoir : le consentement, l'objet, la licéité de l'objet. Nous parlerons également de la cause, tout en ne participant pas aux graves débats que cette notion suscite. Enfin, nous ferons remarquer que la capacité des parties,

1. Comp. Hémard. *Précis de droit civil*, t. I, n° 277 et suivants.

2. Comp. Albert Wahl, *Traité*, t. I, n° 187, qui distingue les actes nuls et les actes imparfaits; l'acte nul réunit les consentements des parties; l'acte imparfait ne les réunit pas. Le premier est donc obligatoire si les parties n'en font pas prononcer la nullité, le second n'est pas obligatoire.



condition d'existence de l'acte, ne donne cependant ouverture qu'à une nullité relative.

Les nullités relatives auront pour origine des infractions aux conditions de validité de l'acte, telles que le dol, l'erreur et la violence qui auront vicié le consentement d'une partie. Nous rappellerons que l'incapacité du mineur, interdit, femme mariée, aliéné, constitue un vice du consentement et n'est sanctionnée que par une nullité relative. Enfin, certaines formalités prescrites par la loi n'encourent également que cette sanction.

Les conséquences varieront suivant la nature des nullités qui auront frappé l'acte.

C'est à l'existence même de l'acte que s'attaque la nullité absolue, puisqu'elle est la sanction d'une condition d'existence de l'acte.

L'acte n'a donc pas existé. Il est nul, *ab initio*, si l'on peut dire qu'il a eu un commencement. D'ailleurs, le juge saisi d'une demande en nullité, ou même d'office, *constate* la nullité de l'acte. Il ne la *prononce* pas, comme il le ferait s'il s'agissait d'un acte entaché d'une nullité relative; car, dans le cas d'une nullité absolue, le juge n'a aucune appréciation à faire, et il ne change rien à l'acte puisque celui-ci ne saurait avoir existé. L'acte entaché d'une nullité absolue ne saurait se confirmer. On ne saurait que confirmer le néant en confirmant un tel acte. Lorsque la cause de la nullité absolue a disparu, et que les parties se mettent d'accord pour faire un acte similaire à celui qui n'a pu exister, ce n'est pas une confirmation qui intervient, car cela impliquerait un acte précédent qui existe, mais c'est accomplir un acte nouveau sans rapport avec le passé <sup>1</sup>. Enfin, appliquant ces principes, une nullité absolue ne devrait pas pouvoir se prescrire. La jurisprudence y arrive cependant, en invoquant l'article 2262, suivant lequel toutes les actions judiciaires se prescrivent par trente ans. Nous ferons cependant remarquer que ce détour n'est pas excellent. En effet, et nous l'avons déjà dit précédemment, ce n'est pas seulement sur les demandes des particuliers que le juge constate la nullité de l'acte intervenu; le juge le fait aussi d'*office*. On ne saurait donc faire intervenir la prescription visant une action pour établir la confirmation par le temps d'un acte au sujet duquel le juge peut statuer en dehors de toute action.

Au contraire des conséquences ci-dessus rapportées, la nullité relative ne s'attaque qu'à une condition de l'acte juridique, c'est-à-dire à un support de l'acte juridique, et non à l'acte juridique lui-même. L'acte ne

1. Comp. en un sens qui paraît opposé, Req. 6 février 1888, D. P. 88.1.401; Paris; 21 janvier 91, 60 D. P. 1906.2.361.

sera donc nul que du jour où le juge, saisi par un intéressé, en aura prononcé la nullité, car, jusqu'à ce jour, l'acte existait, vicié peut-être dans un de ses supports, fêlé, pourrait-on dire, mais il avait une existence certaine. Ayant une existence antérieure, l'acte se confirme soit expressément par la disparition volontaire du vice qui l'entachait, ou par la renonciation volontaire d'en invoquer la nullité par tous les intéressés, soit tacitement par un espace de temps fixé à dix années par l'article 1304 du Code civil. Enfin, la nullité relative ne peut être invoquée que par ceux en faveur desquels elle est établie, au contraire de la nullité absolue qui peut être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt.

Ce que nous venons d'énoncer, seul, est essentiel. L'inopposabilité n'est pas une nullité.

L'inexistence est une conception dont auteurs et jurisprudence ont depuis longtemps fait justice et à laquelle ne s'accrochent que quelques esprits attardés. Enfin, l'ordre public est une notion parasitaire, trop générale pour ne s'appliquer qu'aux nullités, trop vague pour en modifier les règles essentielles.

Pour en revenir, après cette parenthèse nécessaire pour la clarté de nos observations, à la non libération intégrale des parts sociales d'une société à responsabilité limitée, nous avons dit que la sanction de cette infraction était une nullité relative parce que cette infraction ne visait que les conditions de validité de l'acte juridique.

Faisant application des principes ci-dessus rappelés, nous dirons donc que cette nullité peut être couverte, par une ratification expresse accompagnée de faits supprimant la cause même de nullité (article 1338 du Code civil)<sup>1</sup>; elle est prescriptible par dix ans (article 10, § 2 de la loi du 7 mars 1925; article 1304, § 1 du Code civil). Malgré la similitude de durée de ces délais, on peut admettre cependant que la prescription ordonnée par l'article 10, § 2 de la loi du 7 mars 1925 n'est pas exactement de même nature que celle accordée par l'article 1304. La prescription de l'article 10 doit être considérée comme constituant un délai préfix, malgré sa longue durée, ce délai s'assimilant à une prescription criminelle, courant par conséquent à l'encontre de tous et s'imposant à tous; la cause en serait dans une certaine volonté amnistiant ayant existé chez le législateur du 1<sup>er</sup> août 1893 (pour les sociétés par actions);

1. Par exemple, par une libération tardive, ou par un paiement fait après coup et supprimant la cause d'insuffisance dans la libération (Riom, 22 novembre 1928, précité).

et dont les effets ne peuvent qu'avoir été purement et simplement reproduits par le législateur de 1925.

La différence qui sépare le délai préfix de la prescription, est que le délai préfix est une sorte d'amnistie, alors que la prescription est une ratification tacite. D'où il s'en suit que le délai préfix court du jour où peut naître l'action en nullité, c'est-à-dire du jour où la société est constituée; que le délai court à l'égard de tous, et même de ceux que la loi protège spécialement en fait de prescription, comme, par exemple, les mineurs; que l'expiration du délai fait acquérir à la société un droit de vie formel, absolu, indépendant de toute ratification; que l'expiration du délai produit tous ses effets, alors même que, dans l'intervalle, la Société se serait liquidée<sup>1</sup>.

Le délai court au profit de l'Etre moral qui, par l'expiration du délai légal, acquiert une légitimité et une opposabilité à laquelle il n'avait originairement pas droit.

Par voie récursoire, l'acquisition de cette prescription profite à tous autres intéressés, spécialement en ce qui concerne toutes actions en responsabilité; c'est ce que confirme l'alinéa 2 de l'article 8.

La nullité peut être invoquée par toutes personnes justifiant d'un intérêt suffisant, associés, créanciers, débiteurs. Nous nous sommes expliqués (*suprà* n° 13), sur les questions litigieuses qui peuvent se soulever à l'égard des associés à cette occasion, l'associé pouvant avoir cessé, par la vente de ses droits sociaux, de posséder la qualité d'associé, ce qui peut le faire considérer comme sans compétence pour agir, et ce par application de la théorie du défaut d'intérêt. Le débiteur peut également se voir opposer cette même exception du défaut d'intérêt, si la situation de ce débiteur ne peut être rendue meilleure par le fait d'une liquidation, le premier devoir du liquidateur étant d'exiger de ce débiteur le paiement de sa dette; de même pour les créanciers, lorsqu'il s'agit par exemple, du rang que doivent conserver entre eux les divers intéressés. Enfin, l'article 9 de la loi du 7 mars 1925, en son alinéa 2, renouvelle en effet la disposition de l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867 en déclarant que la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

Sous cette seule réserve du droit des tiers, le droit de l'associé quant à une annulation de la société entachée d'un vice, et spécialement entachée du vice résultant d'une non libération intégrale des droits

1. Comp. sur quelques-uns de ces points, Trib. comm. Seine, 29 juin 1910, *J. Soc.* 1911.371; — Pic, note au D. P. 1929.2.66.



sociaux correspondant à des apports en nature, est un droit absolu qui peut être exercé, quelque faibles ou quelque infimes que soient les droits sociaux de l'associé demandeur, et alors même que la cause de la nullité remonterait à une faute imputable au demandeur lui-même<sup>1</sup>.

Les apports doivent être encore évalués dans l'acte social lui-même (article 8 § 3). Cette évaluation est nécessaire. Sans évaluation des apports, la Société à responsabilité limitée serait entachée d'une nullité comparable à celle encourue en cas de non libération intégrale des apports; la faute commise est cependant bien différente. Mais le premier alinéa de l'article 9 ne fait pas de distinction.

Cependant l'évaluation des apports peut résulter d'une simple comparaison entre la fraction du capital libérée au moyen d'apports en numéraire et la totalité du capital énoncé aux statuts.

Il ne semble pas qu'il faille donner une interprétation extrêmement rigoureuse à une disposition légale qui n'est que de pure forme. L'essentiel est que toutes les parts soient entièrement libérées, que la solvabilité de la Société soit entière, et, encore que les tiers puissent connaître, *fut-ce au prix d'un court raisonnement ou d'un modeste calcul*, la fraction du capital qui fut libérée au moyen des apports en nature dont une énonciation très exacte doit se retrouver aux statuts.

#### 16. Associés responsables de la valeur attribuée aux apports.

— Non seulement les apports en nature doivent être libérés intégralement dès l'origine de la société, mais l'évaluation donnée à ces mêmes apports doit être sincère et exacte.

Il y a là une disposition qui découle des principes très généraux du droit (article 1134, §3), mais qui cependant présente certaines caractéristiques spéciales. En principe, l'apport évalué avec exagération est constitutif d'une lésion, et, aux termes de l'article 1118 du Code civil, la lésion ne vicie les conventions *que dans certains contrats* (lésion de plus d'un quart dans un partage successoral, article 887; lésion de plus de moitié dans un héritage par la découverte ultérieure d'un testament, article 783; lésion de plus des sept douzièmes dans le prix d'un immeuble vendu, article 1674); *ou à l'égard de certaines personnes* (article 1305).

D'ailleurs, toutes les prescriptions législatives relatives à la lésion procèdent très étroitement d'une idée de protection, idée générale qui se retrouve le plus souvent à la base de toute nullité relative, mais qui,

1. Voir Copper Royer, t. I, n° 132, et la jurisprudence citée.

en la matière propre de la lésion, est plus étroitement appliquée et affirmée.

Dans le cas d'un apport exagérément évalué, les victimes de la lésion peuvent être les associés, ce peuvent être les tiers.

Le législateur ne s'occupe point des associés. Sa volonté de protection ne s'étend pas jusqu'à eux. Ils sont majeurs. Application leur sera faite de l'article 1313 du Code civil. Et même s'il y a lésion de plus des sept douzièmes en matière immobilière, les associés ne pourront exciper de l'article 1674, les règles de la vente n'étant pas nécessairement applicables au contrat de société. Les Tribunaux auront à statuer en toute liberté d'appréciation, sur la relation de cause à effet qui peut exister entre le consentement donné par l'associé et l'erreur commise dans l'appréciation du bien apporté en nature.

Cette erreur n'aboutira presque toujours qu'à une allocation de dommages-intérêts et non pas à l'annulation de l'acte social, cet acte juridique demeurant valable quelle que soit la lésion éprouvée par un associé ou par une certaine catégorie d'associés.

Ce n'est qu'exceptionnellement que application pourra être faite des règles posées en l'article 1636, pour l'hypothèse d'une éviction partielle, à un apporteur en nature.

Il n'en est pas de même des tiers. Ceux-ci peuvent être gravement trompés par l'affirmation de solvabilité résultant de l'annonce d'un capital social à la formation duquel ils n'ont en rien concouru. Cette affirmation de solvabilité émane des associés. Sans doute, ces associés peuvent eux-mêmes avoir été trompés, ils peuvent être de bonne foi. Cela n'importera pas. Ils seront responsables de l'exactitude d'une affirmation qui peut avoir, pour les tiers, de lourdes conséquences.

Et c'est ainsi que le législateur de 1925, après avoir complètement abandonné le système de la loi de 1867 sur l'approbation des apports et l'intervention d'un commissaire, après avoir autorisé les associés à approuver directement les apports en nature par le seul fait du consentement par eux donné au texte des statuts, déclare, dans l'article 8, que *les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature.*

Il y a, dans ce texte, un germe de responsabilité qui se rapproche de très près de celui que l'on retrouve dans l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867, et qui existe à l'encontre des administrateurs de sociétés anonymes du fait des fautes qu'ils ont commises dans leur gestion. Les associés sont responsables d'une faute par eux commise, cette faute

consistant à avoir laissé leur société se targuer d'une solvabilité qu'elle ne possédait pas en réalité <sup>1</sup>.

Il faut que le tiers demandeur en indemnité justifie d'une faute commise par les associés qu'il poursuit en responsabilité, cette faute consistant d'ailleurs dans la seule majoration donnée, de bonne ou de mauvaise foi, à l'évaluation statutaire des apports en nature.

Ce tiers demandeur devra donc prouver le fait même d'une majoration; ce qui revient à dire que ce tiers demandeur doit prouver qu'il y avait disproportion entre la valeur vénale du bien apporté et l'estimation statutaire qui en a été faite au jour de la constitution de la société et qui en a été insérée dans l'acte de société. Car c'est au jour de cette constitution sociale qu'il faut se reporter. La responsabilité des associés sera dégagée si c'est par le fait d'événements survenus entre temps que la chose apportée a perdu de sa valeur <sup>2</sup>.

Les choses se présenteront très généralement de la manière suivante : une société à responsabilité limitée se constitue et son capital est, pour une fraction plus ou moins considérable, formé au moyen d'un apport en nature auquel une évaluation est statutairement donnée. Cet apport consiste peut-être en un fonds de commerce. Un fonds de commerce est un ensemble, lui-même composé d'éléments différents : droit au bail, clientèle, installations plus ou moins coûteuses, marchandises, et parfois aussi machines et matériel. Quelque temps se passe, quelques années peut-être, en tout cas moins de dix ans. La société n'éprouve successivement que des déboires. Elle finit par tomber en faillite ou par se mettre en liquidation. Le syndic, ou le liquidateur, ne réalise le fonds de commerce, dans son ensemble, ou dans ses divers éléments vendus isolément, que pour un prix infime. Les associés sont-ils *ipso facto* responsables de la différence? Assurément non.

Leur responsabilité n'existe que s'ils ont commis la faute *initiale*

1. Comp. Copper Royer, t. II, nos 618 et 619.

Voir sur la nature de la faute de gestion, Civ. rej. 16 juin 1914, D. P. 1916.1.71; — Civ. cass. 21 juillet 1920, *J. Soc.* 1921.18; — Lyon, 27 juin 1911, *Mon. Lyon*, 11 septembre 1911; — Paris, 26 décembre 1923, *Rev. Soc.* 1924.123; — Civ. rej. 14 février 1898, D. P. 1900.1.73. — Sur la responsabilité des administrateurs, Lyon, 7 décembre 1905, *J. Soc.* 1906.102; — Bordeaux, 30 mars 1908, *J. Soc.* 1908.418; — Lyon, 10 novembre 1921, *J. Soc.* 1923.338; — Paris, 2 décembre 1922, *J. Soc.* 1923.397; — Paris, 26 décembre 1923, *Rev. Soc.* 1924.123.

La doctrine admet généralement que la responsabilité ordonnée par l'article 8 a pour fondement une faute imputable aux associés (en ce sens, notamment, Lépar-gneur, p. 292; Drouets, n° 114). Un auteur, M. Piot (n° 10) fait remonter cette responsabilité à une notion de garantie, ce qui, indirectement, revient au même.

2. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, 230.



d'attribuer à l'ensemble de l'apport une évaluation supérieure à celle qu'il était légitime d'accorder au jour où s'est fait l'apport, au bien matériel qui servait à un associé à libérer sa souscription.

Il faut encore en conclure que le demandeur en responsabilité ne peut pas se contenter d'indiquer aux juges cette disproportion notoire entre une valeur estimative initiale et une valeur postérieure de réalisation, en laissant aux associés défendeurs la charge de démontrer que la diminution de valeur qu'il n'est que trop facile de constater, provient de causes diverses survenues après la constitution de la Société. Non. C'est le demandeur qui doit démontrer que, en se reportant imaginativement au jour de la constitution de la société, l'évaluation donnée à l'apport était déjà excessive, et qu'en l'acceptant sans contrôle suffisant, les associés ont, par faute directe ou par négligence, engagé leur responsabilité au regard des tiers <sup>1</sup>.

Pour la détermination de cette valeur exacte, les diverses notions d'ordre comptable qui se retrouvent dans tous les traités théoriques en cette matière <sup>2</sup>, pourront utilement entrer en ligne de discussion. Ce qu'il ne faudra surtout jamais méconnaître, c'est qu'un bien appartenant à une entreprise en cours d'exploitation ne peut être inventorié sur les mêmes bases qu'un bien destiné à être vendu coûte que coûte, après arrêt des affaires sociales. La question du prix de revient intervient presque toujours à la base des évaluations légitimement données à un bien dépendant d'une exploitation en pleine activité. Cette base normale d'évaluation disparaît totalement lorsque le bien matériel envisagé doit être vendu et réalisé dans un laps de temps relativement limité.

On peut encore rechercher qui peut être demandeur en une instance en responsabilité pour évaluation excessive des apports, et qui peut être utilement assigné comme défendeur en une instance de cette nature.

Pour savoir qui peut être demandeur en une semblable instance en responsabilité, il faut, d'une part, se reporter à la théorie de l'intérêt ou du défaut d'intérêt dont nous avons déjà dit quelques mots, *suprà* Nos 13 et 15; d'autre part, ne pas perdre de vue que l'article 8 ne déclare la responsabilité des associés engagée que vis-à-vis des tiers. Toute personne qui aura contracté avec la société sans être elle-même engagée dans le cercle des associés de cette société est un tiers; cepen-

1. Comp. pour analogie Req. 7 janvier 1930, D. H. 30.82.

2. Voir Copper-Royer, t. I, nos 250 et suivants.

dant ce tiers doit justifier d'un intérêt, en ce sens qu'il doit démontrer qu'en obtenant gain de cause dans le procès qu'il intente, il rendra sa situation personnelle matériellement meilleure qu'elle ne l'est actuellement ou qu'elle ne le serait si aucune instance de même nature n'était engagée.

Les associés ne peuvent, dans le règlement de leurs rapports contractuels, se reprocher réciproquement l'exagération de l'évaluation de l'apport (en dehors du cas de manœuvres frauduleuses ou d'une application quelconque des principes du dol). La responsabilité de l'article 8 de la loi de 1925 est une responsabilité quasi contractuelle assimilable à celle qu'établissent les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Or, il est de règle que cette responsabilité englobe les fautes commises à l'encontre des tiers et non pas les fautes commises dans l'exécution d'une convention <sup>1</sup>.

Pour savoir qui peut être utilement assigné en responsabilité, on doit très nettement distinguer les associés d'origine, qui participent à la constitution même de la société, et les associés qui n'entrent dans la société que postérieurement à sa constitution par l'effet d'une cession de droits sociaux, cession qui leur aura été faite par l'un quelconque des associés d'origine.

Les associés d'origine peuvent être assignés en responsabilité, cela ne fait aucun doute.

Tous les associés d'origine voient peser sur eux une responsabilité identique, qu'ils soient apporteurs eux-mêmes ou qu'ils aient libéré leurs droits sociaux par des versements effectués en numéraire.

Peu importe leur bonne foi; leur responsabilité s'apparente à celle des administrateurs d'une société anonyme; ceux-ci ont été souvent responsables d'une faute ayant consisté en une simple négligence <sup>2</sup>.

Peu importe même que ces associés d'origine aient cru bon de prendre un certain nombre de précautions supplémentaires, lesquelles seraient demeurées inefficaces. Peu importe par exemple que ces associés d'origine aient cru bon de désigner une sorte de commissaire aux apports, d'expert technique, pour les renseigner sur la valeur réelle de l'apport fait à la société à laquelle ils allaient donner leurs capitaux et leur caution partielle et limitée.

Sans doute, l'existence d'un semblable rapport peut servir pour

1. Req. 21 janvier 1890, D. P. 91.1.380.

2. Voir Copper Royer, t. II, n<sup>os</sup> 618 et 619. — Comp. Civ. cass. 28 novembre 1876, D. P. 1877.1.65.

l'édification des juges appelés à trancher, *a posteriori*, la question de savoir s'il y eut estimation majorée, ou estimation exacte. Mais l'existence même d'un semblable rapport ne peut servir pour dégager la responsabilité des associés d'origine si, en fin de compte, les juges estiment qu'il y eut estimation majorée <sup>1</sup>.

En en décidant ainsi, on ne fait qu'une stricte application des principes généraux sur la faute, sur la négligence, sur l'impossibilité où l'on est de se dégager des conséquences d'une faute commise et génératrice d'un dommage pour autrui.

Enfin, on ne peut méconnaître que toute considération de bonne foi doit demeurer écartée d'un semblable litige, d'ordre purement commercial et en quelque sorte contraventionnel. Si le propriétaire d'une voiture laissée sur la voie publique néglige d'en assurer l'éclairage réglementaire et si, de ce défaut d'éclairage, résulte un dommage pour un tiers qui réclame ensuite une indemnité, le défendeur ne peut arguer de ce qu'il avait récemment fait expertiser ses lanternes par un expert qui lui en avait assuré le bon fonctionnement.

L'associé d'origine demeure responsable de toutes les conséquences de la faute par lui commise, par imprudence ou par négligence, alors même qu'il aurait, entre temps, cédé ses parts sociales <sup>2</sup>.

Il transmet cette responsabilité à ses héritiers.

Sa responsabilité dure dix ans, cette prescription (qui est un délai préfix) commençant à courir du jour de la constitution de la société (article 8, § 2) alors qu'il aurait été possible de ne la faire courir que du jour de la publication des actes constitutifs de la société, puisque c'est seulement à partir de cette dernière date que la fausse affirmation de solvabilité a été faite aux tiers <sup>3</sup>.

Il y a là une indication nouvelle de la volonté qu'a eue le législateur de faire de cette prescription une prescription assimilable à la prescription criminelle; elle opère de plein droit, et le juge doit l'appliquer alors même que le défendeur négligerait de l'invoquer. Elle ne donne

1. *Contrà*, Lépargneur, 19; Piot, 10.

Cette contradiction est tout à fait illogique en ce qui concerne ce dernier auteur qui voit dans l'obligation de l'article 8 une simple obligation de garantie, par conséquent une des conditions mises par la loi à la propriété et à la jouissance du droit social né de la souscription. Il y a dès lors là une sorte de servitude qui grève le titre et qui ne peut manquer de se transmettre à tous ceux qui en deviennent les propriétaires successifs. Nessus avait, dans la très ancienne mythologie, une tunique qui possédait ces qualités dangereuses.

2. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, 231; Drouets, 146; Piot, 10.

3. Comp. Poitiers, 31 mars 1924, *Rev. Soc.* 1924.356. — Comp. également Hémard, *Des Sociétés de fail*, 56.



pas lieu à l'application de la règle *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*.

Mais le tiers, lésé par une fausse affirmation de solvabilité résultant d'une exagération donnée à l'un des éléments du capital social, peut-il assigner aussi en responsabilité l'associé qui, sans être associé d'origine, est devenu associé au cours de cette période décennale?

La doctrine résout généralement cette question par la négative<sup>1</sup>.

Cette solution nous apparaît comme infiniment douteuse. A s'en tenir aux travaux parlementaires qui ont précédé le vote de la loi, il apparaît comme incontestable que le législateur s'est montré très préoccupé de la sincérité du capital que la société allait annoncer aux tiers comme prototype de sa solvabilité. Le législateur de 1925 ne voulait pas renouveler l'erreur pratique du législateur de 1867 et rendre indispensable l'intervention de ces commissaires aux apports dont une expérience plus que cinquantenaire a démontré le caractère de complaisante domesticité. Aussi la Chambre de Commerce de Strasbourg préconisait-elle l'intervention obligatoire d'experts réviseurs qui, groupés en une corporation fermée, ayant à sa base (dans la pensée de la Chambre de Commerce de Strasbourg) des désignations faites par les Chambres de Commerce, à l'exclusion de tout autre organe de la vie judiciaire ou administrative, auraient présenté, sur le papier au moins, une garantie supérieure. Très sagement, le législateur de 1925 a estimé que cette garantie supérieure donnée par un expert réviseur plus ou moins assermenté ne serait tout de même pas, dans la réalité vraie des choses, sensiblement supérieure à zéro<sup>2</sup>.

Et il a inauguré un système nouveau, rationnel, fondé sur la responsabilité qui doit être la conséquence normale des actes auxquels participe une personne majeure, et capable de s'engager.

Telle est l'origine de l'article 8, telle est l'origine de la responsabilité que l'on y retrouve édictée : *Les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature*.

Ce texte est général.

Il englobe tous les associés.

Il ne se borne pas à faire peser une certaine responsabilité sur les associés qui étaient associés au moment de la constitution de la société. Non. Il parle des associés.

1. Pic et Baratin, 231; Lépargneur, p. 292; Houpin et Bosvieux, 1583.

2. C'est ce qu'exprimait le rapport de M. Chapsal au Sénat, et également le rapport à la Chambre des Députés, de M. Manceau.

Le rapporteur de la loi au Sénat, M. Chapsal, a nettement visé tous les associés, sans exception <sup>1</sup>.

Et, d'autre part, on ne peut manquer de remarquer que, lorsque le législateur veut ne faire peser une responsabilité que sur certains associés et non sur tous, il sait très bien le dire. L'article 10, notamment, dit : *Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, les associés auxquels la nullité est imputable sont responsables, envers les autres et envers les tiers...*

L'article 37 sait bien limiter aux fondateurs, c'est-à-dire aux seuls associés d'origine, une responsabilité pénale ayant pour fondement des faits sensiblement analogues à ceux qui nous occupent en ce moment.

On comprend mal, dans ces conditions, que lorsque le législateur dit : *Les associés sont solidairement responsables....* il faille lire : *Les associés qui ont participé à la constitution de la société.....* c'est-à-dire : *Les fondateurs.*

Et ce d'autant plus que si la responsabilité ordonnée par l'article 8 procède d'une idée de faute, par volonté ou par complaisance, cette responsabilité procède aussi très nettement d'une idée de protection. Les rapports Manceau et Chapsal le proclament ouvertement.

Contre quoi les tiers doivent-ils être protégés? Contre la fausseté d'une affirmation susceptible de les induire en erreur et de leur nuire.

Mais cette affirmation est un fait continu.

Elle ne se produit pas seulement au début de la société, elle se poursuit, elle se renouvelle sans cesse, l'énonciation du montant du capital social devant, aux termes de l'article 18, se reproduire sur tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents émanés de la société.

Par conséquent, si cette affirmation, génératrice d'une responsabilité contraventionnelle, est, une première fois, faite par la première couche des associés, elle est continuée par la deuxième lignée des associés, elle est renouvelée par tous ceux qui suivent, et cette série d'asso-

1. « Votre commission n'a donc pas cru devoir suivre l'invite qui lui était faite par la Chambre de Commerce de Strasbourg; elle a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'introduire cette innovation des réviseurs dans les sociétés à responsabilité limitée, alors surtout qu'en France cet organisme n'existe pas pour les sociétés anonymes. Par contre, elle a considéré que l'évaluation des apports en nature étant la porte la plus facilement ouverte aux fraudes, il fallait entourer l'évaluation de ces apports de toutes garanties vis-à-vis des tiers; que se trouvant en face d'associés peu nombreux, obligés tous à intervenir dans la constitution de la société, il était indispensable de garantir les tiers contre une évaluation des apports en nature qui pourrait être très exagérée... »

ciés demeure responsable au regard des tiers de l'insuffisance des apports, aboutissant à une insuffisance du capital dont ils font tous état, tant que dix années ne se seront pas écoulées. Un aussi long délai s'étant passé sans que personne ait eu à se plaindre, l'innocuité de l'erreur commise se trouve avérée.

Il ne faut pas perdre de vue que la faute génératrice de la responsabilité n'a pas besoin d'être commise de mauvaise foi; elle ne sera le plus souvent que le résultat d'une négligence.

Nous reconnaissons du reste que c'est ici qu'une argumentation favorable aux associés de deuxième lignée peut se formuler, car la négligence des associés d'origine est plus caractérisée que n'est celle des associés subséquents, ceux-ci ayant, moins que les premiers, les moyens d'investigation nécessaires pour préciser la valeur des éléments incorporés à l'actif et provenant d'un apport en nature.

Aussi devrait-on leur accorder un droit récursoire à l'encontre des associés d'origine, leurs cédants.

Ajoutons au surplus que toute solution contraire serait immorale et serait contraire aux principes du droit.

Elle est immorale parce qu'elle ouvre la porte à des fraudes que la plus élémentaire hypocrisie permettrait de couvrir impunément.

Une société à responsabilité limitée peut être constituée entre très peu d'associés, peut-être même deux seulement. Il devient dès lors facile de laisser la société, aux apports notoirement exagérés, se constituer avec deux personnes insolvables, étrangères peut-être, qui se hâteront de céder leurs parts aux véritables intéressés, lesquels exploiteront par la suite paisiblement et en toute impunité cette société aux apparences trompeuses et au capital abusivement magnifié. Et lorsque tout finira mal, ces associés de deuxième lignée seront les premiers à se présenter comme des victimes.

On peut encore prévoir une autre hypothèse dont la réalisation serait singulièrement facile.

Il n'est pas contestable que la loi du 7 mars 1925 est relative aux seules sociétés à responsabilité limitée. Ses règles et ses sanctions ne s'appliquent pas aux sociétés conçues sous une autre formule, notamment aux sociétés en nom collectif ou en commandite simple.

Par contre les sociétés en nom collectif ou les sociétés en commandite simple peuvent se transformer sans aucune difficulté en une société à responsabilité limitée.

Rien n'est plus simple, dès lors, que de constituer, d'abord, une société en commandite simple, d'en forger le capital avec des apports



fantaisistes et ouvertement majorés, puis de transformer cette société au capital fictif en une société à responsabilité limitée.

Dans la doctrine communément admise par les auteurs de droit (qui, bien souvent, sont des théoriciens peu au courant de la vie des affaires), ce simple et facile détour permettra à tout le monde de demeurer irresponsable. Car il n'y aura plus d'associé d'origine sur qui pèserait la responsabilité d'une faute commise au jour où les apports eurent à être évalués.

Il faut, suivant nous, dire que cette faute correspond à une contravention continue, celle de l'affirmation erronée d'un capital partiellement inexistant; cette faute a donc un caractère permanent, et elle n'est pas seulement commise par ceux qui furent associés au jour précis de la constitution sociale.

La solution que préconise la doctrine nous apparaît encore comme contraire aux principes généraux, lesquels se trouvent reproduits en l'article 1122 du Code civil : *On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.*

L'associé qui acquiert les parts que possédait un premier associé devient l'ayant cause de cet associé. Il acquiert tous les droits, mais aussi toutes les obligations qu'avait ce premier associé du fait de sa souscription et de son entrée dans la société.

Cela est surtout vrai quand il s'agit de titres, actions ou parts, émis par une société de capitaux. Le titre qui, aux termes de l'article 34 du Code de commerce, n'est qu'une division du capital social, est un ensemble de droits actifs et passifs. Il doit être entièrement libéré. Celui qui l'acquiert acquiert un ensemble qui ne comporte pas que des droits, mais qui comporte aussi des obligations, au premier rang desquelles se retrouve l'obligation de libérer entièrement. Et dans cette libération intégrale se retrouve l'éventualité d'une dette conditionnelle.

Parmi ces obligations figurait celle de garantir les tiers contre une insuffisance du capital annoncé statutairement, insuffisance ayant pour origine une exagération de valeur attribuée à des apports en nature qu'aucune personnalité externe n'a contrôlée. Par cela même, le législateur a voulu que « les associés » en demeurent responsables.

On ne comprend vraiment pas pourquoi l'acquéreur de ces parts, grevées d'une responsabilité légale, se trouverait dégagé, — (ce qui, du reste, n'est pas admis), — mais, corrélativement, on ne comprend pas pourquoi ces parts qui engendraient cette responsabilité cessent de la produire par cela seul qu'elles ont changé de propriétaire.

En réalité, le capital doit exister; il doit subsister; il doit être entièrement libéré. Les associés, tous les associés, dit la loi, demeurent spécialement garants de cette réalité du capital lorsque la contestation provient de l'évaluation que l'on donne à des apports en nature. Il en est ainsi comme des actions de sociétés anonymes qui ne sont pas entièrement libérées. Ces actions donnent à leur propriétaire tous droits sociaux utiles. Mais elles comportent aussi, pour leur propriétaire, l'obligation de verser les quarts restant à appeler. Le premier souscripteur vend ses actions incomplètement libérées. Son acquéreur, qui est son ayant cause, aux termes de l'article 1122, voit entrer dans son patrimoine passif l'obligation de payer les quarts non payés.

La Société a dorénavant deux débiteurs pour la même dette.

Les tiers qui auront contracté avec la société auront aussi action contre deux débiteurs.

On ne voit pas pour quelles causes il n'en serait pas exactement de même lors de la transmission de parts grevées non d'une obligation de libérer, mais d'une obligation de garantir.

**17. Droits attribués aux tiers.** — La réclamation des tiers lésés par une affirmation abusive de solvabilité peut se formuler de diverses manières; elle peut se formuler notamment par une assignation en nullité et en liquidation anticipée de toutes les valeurs, actives et passives, de la société. Elle peut aussi se formuler par une simple demande en indemnité à l'effet de faire entrer en espèces dans la caisse sociale la fraction du capital annoncé qui n'y est pas entrée effectivement.

Il ne semble pas qu'un créancier ait, du fait de l'article 8, le droit de réclamer, à la masse des associés reconnus fautifs, une indemnité individuelle.

Le droit du tiers lésé apparaît en pareil cas comme un droit analogue à celui qui existe en cas de distribution de dividende fictif : le dividende fictif a irrégulièrement appauvri la caisse sociale; la solvabilité de la société a été irrégulièrement diminuée.

Les administrateurs qui ont procédé à la distribution de ce dividende sont commercialement responsables de cet appauvrissement de la caisse sociale.

Un créancier peut les assigner.

Mais il ne peut les assigner pour se voir attribuer, à lui individuellement, une fraction de la somme abusivement distribuée. C'est la caisse sociale qui a souffert, c'est la caisse sociale qui doit recevoir une réparation.

Tous les créanciers de la société profiteront de cette réparation, mais ils n'en profiteront que par voie indirecte.

Il en est exactement de même en cas d'évaluation exagérée donnée à un apport en nature entrant dans la composition du capital d'une société à responsabilité limitée.

C'est la caisse sociale qui n'a pas regu tout ce qu'elle aurait dû recevoir du fait des apports promis par les associés et constitutifs du capital dont affirmation était faite.

Les tiers, lésés par le fait de cette fausse affirmation, peuvent intenter deux sortes d'actions judiciaires : une instance ordinaire qui aura un caractère individuel et qui aura pour fondement le préjudice spécial qu'aura pu causer au demandeur, envisagé isolément, la faute commise par tels ou tels associés en arguant d'une solvabilité autre que celle effectivement possédée par la société avec laquelle ils ont contracté. Cette instance judiciaire sera un procès de droit commun et ne dépendra nullement de l'article 8, ni, d'une manière générale, de la loi de 1925. Une faute précise devra être démontrée à la charge des défendeurs. Tel des associés pourra être reconnu responsable alors que tel autre ne verra pas sa responsabilité engagée. Une relation précise de cause à effet devra être établie entre la faute alléguée et le dommage subi.

Toute instance de cette nature rentre dans le domaine de l'article 1382 du Code civil.

Toute autre est l'instance fondée sur la responsabilité spéciale et solidaire ordonnée par l'article 8 et englobant une masse indistincte de défendeurs, qui voient peser sur eux une responsabilité, en quelque sorte aveugle et contraventionnelle.

L'article 8 ne peut se comprendre que comme correspondant à une caisse qui devrait être pleine et qui se trouve partiellement vide. Les tiers ont le droit d'exiger qu'elle soit pleine. Les associés sont responsables du manquant. Mais ce manquant n'existe que par rapport à la caisse sociale.

Lorsqu'un tiers exercera l'action qu'autorise l'article 8, il ne peut demander qu'une chose, c'est que le vice dont est atteint la caisse sociale disparaisse.

Il ne peut donc demander autre chose que le rétablissement de la solvabilité, irrégulièrement ou imprudemment affirmée, et, par conséquent, le versement, dans la caisse sociale et dans la caisse sociale seulement, du capital manquant pour que le capital statutaire soit réputé intégralement versé.



L'action du tiers lésé, exercée en vertu de l'article 8, présentera donc toujours un caractère collectif, et dans son origine et dans son résultat. Elle peut être exercée *ut singulus*. Elle peut être exercée au nom de la masse des ayants droit si elle est exercée par le syndic de la faillite de la société.

Les demandeurs peuvent assigner certains des associés comme ils peuvent les assigner tous; une fois une condamnation prononcée, ils peuvent poursuivre l'exécution du jugement contre un seul des associés (article 1203 du Code civil). Ce dernier se trouvera de la sorte payer pour le compte de plusieurs.

Le *solvens* aura lui-même un double recours.

Il a d'abord un recours contre tous ses coassociés, chacun des associés sur qui pèse la responsabilité ordonnée par l'article 8 devant supporter sa part virile de la condamnation prononcée à l'occasion d'une faute commune. Il conviendra de suivre à cet égard les règles posées par l'article 1214 du Code civil, lequel s'exprime en ces termes : *Le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement.*

Comment devra s'effectuer cette contribution?

Il semble que l'on doive, en cette circonstance, s'en rapporter aux proportions que détermine l'article 1853 du Code civil : *Lorsque l'acte de société ne détermine pas la part de chaque associé dans les bénéfices ou les pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.*

La division entre tous les codébiteurs solidaires que prévoit l'article 1213 ne se fait pas nécessairement par tête.

Il doit d'autant plus être décidé ainsi que la faute qui est à la base de la responsabilité solidaire ordonnée par l'article 8 est une faute sociale qui correspond directement à la souscription du capital annoncé par les statuts de la société à responsabilité limitée; le titre divisant ce capital et revenant à chaque associé du fait de sa souscription est un titre comportant certains droits et aussi certaines obligations, au nombre desquelles se place l'obligation de garantir envers les tiers l'intégrité du capital dont l'évaluation n'est pas contrôlée. C'est donc en proportion des parts souscrites que l'obligation de garantir ce capital doit être finalement établie. Car l'obligation de garantir est une conséquence de la souscription et de la propriété du

titre<sup>1</sup>. La responsabilité, également solidaire, de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867, ne peut être comparée entièrement à la responsabilité solidaire ordonnée par l'article 8 de la loi du 7 mars 1925, car, dans ce cas, la responsabilité remonte à un mandat, et dans le second cas, la responsabilité remonte à l'acte de société lui-même.

Une fois effectué ce premier règlement de responsabilités apparentes, il peut être procédé à de nouvelles actions récursoires, car le véritable responsable, c'est l'apporteur, lequel n'est, dans le fond des choses, qu'un associé qui a souscrit une certaine fraction du capital, qui a promis d'en effectuer la libération intégrale et qui n'a pas correctement rempli cette obligation. Du fait de ce manquement, divers coassociés ont dû, sur la requête de tiers qui justifiaient d'un préjudice, verser dans la caisse sociale ce qu'il y manquait de son fait.

Il n'en est pas moins vrai que c'est lui le véritable fautif, et que, en fin de compte, c'est lui qui doit supporter le poids intégral de toutes les condamnations encourues par des coassociés qui, dans le fond des choses, ne sont que ses victimes.

Comme nous l'avons indiqué précédemment, l'action en responsabilité fondée sur une exagération de la valeur donnée aux apports en nature entrant dans la composition du capital d'une société à responsabilité limitée s'éteint au bout d'un délai de dix années (article 8, § 2), ce délai commençant à courir du jour de la constitution de la société. Ce délai est un délai préfix, rendant la prescription qui le concerne assimilable à une prescription criminelle.

**18. Sanctions pénales spéciales aux apports en nature.** — En dehors de cette double responsabilité, d'ordre commercial, nullité de la société, et action en responsabilité en découlant, — responsabilité solidaire quant à une insuffisance dans la valeur réelle des apports qui aboutit à un non versé, — le législateur a encore envisagé la possibilité de certaines hypothèses où éclaterait manifestement la mauvaise

1. Comp. en ce sens, Lépargneur, 10.

*Contrà*, Pic et Baratin, 232.

Dans une matière qui se présente comme connexe, mais qui est en réalité différente (responsabilité solidaire des administrateurs d'origine en cas de nullité constitutive) un arrêt de la Cour de Douai (du 6 août 1903, D. P. 1907.2.377) a déclaré que ces administrateurs étaient responsables pour des parts égales. Mais, il faut remarquer, d'une part, que l'arrêt ne paraît statuer qu'en ce qui concerne les rapports des administrateurs responsables et des tiers, d'autre part, que le fondement de la responsabilité ne repose pas en pareil cas sur une acquisition plus ou moins grande de parts sociales, mais sur une faute caractérisée, commise en dehors du fait même de la souscription et corrélatrice à des fonctions de mandat distinctes du contrat de société.

foi de ceux qui ont fait un apport majoré ou de ceux qui ont déterminé frauduleusement les autres associés à accepter et le principe et l'estimation de ces apports. Et il a estimé que des peines correctionnelles devraient être prononcées à l'encontre de ces associés particulièrement fautifs.

L'article 38 de la loi du 7 mars 1925 prévoit cette hypothèse et déclare, dans sa première partie, que *seront punis des peines portées en l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie, ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle.*

L'article 8 édicte une sorte de responsabilité commerciale de nature contraventionnelle qui est encourue par le seul fait d'une majoration dans l'évaluation des apports.

L'article 38 exige beaucoup plus qu'une évaluation majorée. Sans doute, à la base de l'article 38 se retrouvera toujours une évaluation majorée donnée à des apports en nature faits à une société à responsabilité limitée. Mais ce premier échelon de preuve demeure insuffisant.

Il faut que le consentement donné par les premiers associés à cette évaluation majorée ait été surpris par des manœuvres dolosives qui auront été employées, par l'apporteur lui-même, ou, sur son instigation, par quelque autre associé, ou même par un tiers, dans le but de persuader de la sincérité de l'évaluation sciemment majorée donnée originairement à ces apports en nature.

Par manœuvre frauduleuse, on doit normalement entendre tout moyen, toute machination rentrant dans le cadre normal de l'article 405.

De semblables manœuvres peuvent consister soit dans l'emploi d'un faux nom ou d'une fausse qualité, — soit dans une production frauduleuse de faits ou de documents tendant à persuader de l'existence d'une fausse entreprise, — ou tendant à persuader d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, — soit dans des actes quelconques tendant à faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident, ou de tout autre événement chimérique.

Ici se produira la discussion classique en matière d'escroquerie et la distinction faite entre le simple mensonge, par affirmation ou par réticence, qui s'oppose à la manœuvre, qui vient doubler la force convaincante du mensonge et qui est toujours nécessaire pour qu'il y ait délit d'escroquerie.

La manœuvre consiste dès lors en une affirmation mensongère éma-



nant d'un auteur principal du délit, et appuyée soit par l'intervention d'un tiers dont le crédit personnel est supposé venir augmenter le crédit propre à l'auteur du mensonge, soit par une mise en scène destinée, elle aussi, à donner une force persuasive spéciale au mensonge qui est produit pour déterminer un consentement.

Cette théorie générale de l'escroquerie de l'article 405 est d'une application délicate. En effet, elle consiste à porter une appréciation sur certains faits pour savoir s'ils ont été la cause déterminante de conviction pour les plaignants. En bref, il faut délimiter, placer des barrières, et rien n'est plus délicat <sup>1</sup>.

Mais il est douteux que la barrière soit placée au même endroit pour les manœuvres frauduleuses de l'article 405 et pour celles de l'article 38 de la loi du 7 mars 1925, et il est très douteux que cette théorie générale soit exactement applicable dans l'hypothèse où se place l'article 38.

L'argument le plus déterminant à notre avis, est le suivant : si, par manœuvre frauduleuse, l'article 38 n'entend pas autre chose que les manœuvres frauduleuses propres au délit d'escroquerie, cet article 38 devient totalement inutile; c'est une superfétation; l'article 405 suffisait. Car il est admis unanimement qu'il y a délit d'escroquerie lorsque des manœuvres frauduleuses (au sens de l'article 405) ont été employées pour faire accepter par une masse collective d'actionnaires des apports en nature sans valeur ou exagérément évalués.

D'un autre côté, on ne peut pas raisonnablement supposer que le législateur de 1925 n'a rien voulu dire de spécial en édictant l'article 38 § 1<sup>er</sup>.

On est donc forcé d'admettre que si une différence existe nécessairement entre le texte de la loi de 1925 et l'article 405, cette différence doit être recherchée dans les mots *manœuvres frauduleuses* qui doivent être interprétés, dans l'hypothèse de l'article 38, d'une autre manière

1. Comp. Copper Royer, t. I, n° 296; — Comp. Crim. rejet 10 mars 1928, *Rev. Soc.* 1928.224.

Comp. notamment la jurisprudence qui établit que, en matière de société anonyme, une estimation frauduleusement exagérée des apports en nature ne constitue pas, en elle-même, un délit; par contre, cette majoration peut aboutir à un délit d'escroquerie si des manœuvres caractérisées ont été employées dans le but de faire accepter ces apports notoirement insuffisants.

2. Ce n'est pas absolument certain; le projet de loi primitif prévoyait deux délits, celui qui est actuellement visé, et, en premier lieu, un délit particulier et original qui consistait à attribuer de mauvaise foi à un apport en nature une valeur notablement supérieure à sa valeur réelle. Ce délit original a disparu du texte définitif. Il n'est resté que le second délit, qui, lui, a incontestablement moins d'originalité propre.

qu'ils ne le sont quand on se trouve seulement en présence d'une hypothèse de fait rentrant dans le cadre générique de l'article 405.

On peut encore remarquer qu'il en est souvent ainsi en cas de délits spéciaux ou spécialisés, rentrant dans une catégorie de tromperies dolosives, de tricheries, que le législateur entend réprimer pénalement, alors même qu'une interprétation stricte les ferait échapper au rayon d'action de l'article 405.

La jurisprudence est alors appelée à donner aux mots « *manœuvres frauduleuses* » une interprétation infiniment plus large que n'est celle donnée aux mêmes mots lorsqu'il s'agit de faire, à certains faits, application de l'article 405. Cette extension a été poussée à l'extrême dans les applications qui ont été faites de la loi du 1er juillet 1916, sur les bénéfices de période de guerre <sup>1</sup>, la jurisprudence ayant alors souvent considéré que les faits à elle déferés par l'administration étaient constitutifs du délit de l'article 20, et recélaient les manœuvres frauduleuses dont ce texte excipait, alors même que ces faits ne constituaient que de simples mensonges ou de simples actes individuels qui n'auraient jamais entraîné l'application de l'article 405.

On peut, à cela, répondre que la loi du 1er juillet 1916 a été un texte législatif vraiment exceptionnel et au sujet de laquelle s'est produite et affirmée une jurisprudence, également exceptionnelle, et relevant plutôt des tribunaux de période révolutionnaire que des tribunaux habitués à statuer d'après les principes du droit.

La plus sûre argumentation nous paraît donc résider dans la première observation que nous avons présentée : l'article 38 doit s'interpréter d'une manière originale, ce sans quoi il ne serait qu'une répétition inutile de l'article 405 du Code pénal.

Ce qui revient à dire que les *manœuvres frauduleuses* dont parle cet article 38 devront s'interpréter d'une manière un peu plus extensive

1. C'est ainsi qu'il a été jugé que le contribuable qui prétend d'abord n'avoir pas de comptabilité, puis qui en produit une incomplète et suspecte, se rend, par cela seul, coupable de manœuvres frauduleuses, au sens de l'article 20 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1916 (Crim. rejet, 2 février 1923, D. P. 1923.1.73);

Que la manœuvre frauduleuse spécifiée à l'article 20 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1916 consiste dans tout acte extérieur accompli de mauvaise foi et de nature à soustraire le contribuable à l'établissement de la taxe; il en est ainsi notamment de la destruction volontaire de sa comptabilité par un commerçant, alors surtout que cette destruction porte sur les années pour lesquelles sa déclaration a été jugée insuffisante et que le contribuable avoue lui-même l'avoir opérée pour soustraire ses livres à toute vérification judiciaire (Crim. rejet, 8 novembre 1923, D. Hebd. 1924.27).

Comp. encore la jurisprudence, parfois un peu disparate, citée par Pierre Garraud, *Semaine Juridique*, 1927, p. 914.

que la jurisprudence ne l'admet quand il s'agit d'une application de l'article 405, sans qu'il soit tout de même possible de tomber dans les exagérations commises à l'occasion de la loi de 1916, exagérations dues à certains mouvements d'opinion et qu'un esprit purement juridique ne peut toujours que déplorer.

La frontière des manœuvres frauduleuses punissables et des manœuvres dolosives simplement blâmables sera passablement difficile à délimiter; elle se fixera d'après un ensemble de circonstances de fait qui démontreront surtout l'extrême mauvaise foi de l'inculpé.

La jurisprudence devra plutôt s'inspirer des arrêts qui se sont produits au sujet des délits visés dans les deux premiers paragraphes de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867.

On arrive ainsi à diviser les *manœuvres frauduleuses* en trois classes. Il y a les manœuvres frauduleuses propres à l'article 405, lesquelles exigent que le consentement de celui qui fut victime de l'escroquerie ait été déterminé par une force persuasive étrangère à celui qui commet cette escroquerie, cette force persuasive étrangère provenant soit de l'intervention d'un tiers, soit d'une mise en scène mettant toujours en jeu une force étrangère à l'auteur du dol; — il y a les manœuvres frauduleuses propres aux délits spécialisés que le législateur apparente à l'escroquerie, tout en en rendant la perpétration moins complexe; tels sont les délits de publication de faits faux, de simulation de souscriptions, d'évaluation des apports; ces manœuvres frauduleuses doivent encore avoir été la cause du consentement donné par la victime du délit, elles doivent encore consister en une force persuasive étrangère à la simple affirmation de l'auteur du délit, mais cette force persuasive ne sera plus forcément étrangère à l'auteur même du délit, et elle peut provenir d'un ensemble de documents qui n'ont pas nécessairement à provenir d'un tiers; — il y a enfin les manœuvres frauduleuses propres au délit de l'article 20 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1916, loi de période économique profondément troublée, et pour l'application de laquelle les tribunaux les plus considérables se sont appliqués à faire figure de Conseils de guerre délibérant en plein champ, sous la mitraille ennemie<sup>1</sup>. Mieux vaut n'en pas parler.

1. Un auteur, M. Tchernoff, *Droit pénal financier*, suppl. 5, préoccupé de cette similitude entre l'escroquerie et le délit de l'article 38, § 1, soutient que le mot *manœuvres frauduleuses* doit toujours s'interpréter de la même manière, et que l'article 38 ne peut s'appliquer que si l'exagération donnée aux apports n'a pas eu pour but et pour résultat de faire obtenir à l'apporteur un nombre de parts plus considé-



19. **Eléments constitutifs du délit de l'article 38 § 1.** — Les éléments constitutifs du délit de l'article 38 § 1, seront donc les suivants :

a) *Il faut qu'il y ait eu attribution à un apport en nature d'une évaluation exagérée.*

Cet apport en nature doit avoir été fait à une société à responsabilité limitée. L'apport en nature, même majoré, fait à une société anonyme ne peut tomber que sous le coup de l'article 405 du Code pénal, et il conviendra alors de faire entre les manœuvres employées la distinction fondamentale que nous venons d'établir.

L'apport en nature fait à une société en nom collectif ou en commandite ne tombe pas non plus sous le coup de la loi du 7 mars 1925, cette loi se référant exclusivement aux sociétés à responsabilité limitée.

Mais une poursuite devient-elle possible si cette société en nom collectif ou en commandite simple se transforme, à moins de trois ans d'intervalle, en une société à responsabilité limitée? On est tenté d'accepter une solution affirmative à raison des termes généraux dont s'est servi le législateur en rédigeant l'article 38 : « *ceux qui ont, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle* ». On peut dire que la loi ne distingue pas. La loi a eu une volonté de protection très précise et très nette. Les tiers, appelés à contracter avec une société à responsabilité limitée, doivent, quelle que soit l'origine de cette société, pouvoir contracter avec elle en toute sécurité. Par conséquent, si le capital, que cette société affirme posséder, résulte pour partie d'apports sciemment majorés et dont l'acceptation ne fut donnée que grâce à l'emploi initial de manœuvres frauduleuses, au sens restreint où ce terme doit être pris, le délit de l'article 38 pourra être relevé contre les auteurs de l'acte dolosif.

Il faut encore que cette évaluation soit exagérée. Le législateur avait, dans un texte primitif, prévu un premier délit qui ne s'appliquait qu'au cas d'évaluation notoirement exagérée. Le terme, pour n'être pas sensiblement plus précis, comportait toutefois une indication dont les tribunaux ne pouvaient manquer de tenir compte.

Il ne paraît pas douteux que l'exagération doit avoir été suffisamment considérable pour avoir pu causer un préjudice appréciable. Les magistrats saisis d'un litige de cette nature devront toujours cons-

table que n'aurait été le nombre des parts auxquelles il aurait eu droit normalement.

C'est singulièrement rétrécir le champ d'action de l'article 38, § 1, et c'est toujours le rendre bien peu utile.

tater l'existence possible de ce préjudice que l'on a sciemment causé, ou tenté de causer.

L'exagération attribuée à des apports en nature peut avoir trois résultats dommageables, celui de frustrer les coassociés autres que l'apporteur d'une fraction des bénéfices ou de l'actif qui aurait dû leur revenir, — celui d'engager la responsabilité pécuniaire de ces associés au regard des tiers, — celui de léser les tiers appelés à contracter avec la société et à lui faire confiance sur la foi d'un capital partiellement inexistant.

Les coassociés, comme les tiers, peuvent donc arguer d'un préjudice.

b) *Le délit n'existera encore que si l'évaluation majorée a été obtenue au moyen de manœuvres frauduleuses.*

Nous nous sommes expliqués au paragraphe précédent sur l'interprétation qu'il convenait de donner ici à l'expression *manœuvres frauduleuses*.

c) *Un rapport de cause à effet doit exister entre les manœuvres dont il est argué et l'évaluation donnée aux apports.*

Il y a là une règle très générale en matière délictuelle. Ainsi la jurisprudence a-t-elle toujours, ou presque, déclaré qu'il n'y avait délit d'obtention de souscription ou de versement, que lorsque les souscriptions ou versements fictifs n'ont eu pour but que d'assurer le succès d'une émission et que d'obtenir d'autres souscriptions et d'autres versements, lesquels n'en auraient été alors que le résultat<sup>1</sup>. De même pour le délit de publication de faits faux. Cette publication doit avoir eu une relation de cause à effet avec la souscription ou le versement frauduleusement obtenu<sup>2</sup>.

d) Enfin, les faits déferés à la justice criminelle et qui consistent essentiellement dans une exagération commise dans l'évaluation statutaire des apports et dans l'existence de manœuvres ayant eu pour but et pour résultat de faire accepter cette évaluation excessive, doivent avoir été commis avec l'intention délictuelle qui est un élément nécessaire de tout délit non contraventionnel. Cette intention délictuelle résultera le plus souvent de la constatation même du caractère frauduleux attribué aux manœuvres dont les juges saisis doivent constater l'existence.

En tous cas, les faits reprochés doivent toujours avoir été effectués

1. Comp. Copper Royer, t. I, n° 218. — En ce sens nombreuse jurisprudence. Comp. notamment, Paris, 19 mars 1883, D. P. 83.2.425; Lyon, 12 mars 1885, D. P. 86.2.136; Paris, 15 mars 1896, *J. Soc.* 96.314.

2. Comp. Copper Royer, t. I, n° 229. — Comp. Req. 23 décembre 1912, *J. Soc.* 1923.668; Paris, 9 juillet 1928, *Rev. Soc.* 1929.64.

sciemment, c'est-à-dire avec la connaissance du caractère excessif de l'évaluation attribuée aux apports et du caractère dolosif du but que l'apporteur cherchait à obtenir.

Cette intention délictuelle doit se retrouver chez chacune des personnes auxquelles le délit est imputé, auteur, co-auteur ou complice. Celui des inculpés qui pourra exciper de sa bonne foi devra être relaxé, alors même que la prévention sera retenue à l'encontre des autres.

La bonne foi peut être démontrée par tous moyens utiles; elle peut résulter notamment de tous documents, d'une date concomitante à celle de l'apport, et servant à établir que telle personne déterminée a pu se faire illusion sur l'insuffisance des apports.

**20. Personnes responsables.** — Les personnes responsables sont, aux termes de l'article 38, celles qui, à l'aide de manœuvres frauduleuses, ont fait attribuer à un apport une valeur exagérée. Ces expressions sont très larges. Le délit peut être encouru par d'autres que l'apporteur.

Il ne faut pas perdre de vue que, en établissant ce délit, le législateur a poursuivi une double volonté de protection : il a voulu protéger les associés eux-mêmes, qui peuvent se trouver doublement lésés du fait de l'exagération imprimée à l'évaluation des apports. C'est ce que nous expliquions à l'instant. Il a également voulu protéger les tiers. Ceux-ci, appelés à faire confiance à une société se réclamant d'un capital déterminé, seront lésés si ce capital est partiellement inexistant, et le dol commis à leur encontre sera un dol criminel si l'apporteur, ou quelque autre autour de lui, a employé des manœuvres dolosives pour déterminer les autres associés à accepter l'évaluation majorée qui en était faite et à devenir ainsi, inconsciemment, les complices de l'acte commis.

Pourront donc être poursuivis tous ceux qui, en pleine connaissance de cause, ont contribué à faire accepter, par les associés inconscients, l'évaluation exagérée donnée aux apports.

Une société anonyme, ou une société à responsabilité limitée, ne pouvant être personnellement englobée dans un procès d'ordre criminel<sup>1</sup>, ce seront les administrateurs de cette société qui devront être personnellement poursuivis si l'apport exagéré a été fait par une société de cette nature<sup>2</sup>.

1. Comp. Copper Royer, t. I, n° 169. — Comp. également Montpellier, 27 mars 1929, *Sem. Jurid.* 29.1358. — Comp. cependant Conseil d'Etat, 21 janvier 1925, D. P. 1925.3.39; Cass. crim. 28 mai 1925, *Rev. Soc.* 1925.364.

2. Comp. Pic et Baratin, 236 bis.



Cette captation du consentement doit avoir été réalisée au moyen de manœuvres frauduleuses. Il suffit que de semblables manœuvres soient relevées dans l'opération, envisagée dans son ensemble. Il ne sera pas indispensable de démontrer que chacun des prévenus a personnellement participé à ces manœuvres. Il suffira de démontrer qu'ils en ont eu connaissance et que, sachant ce qui était fait par d'autres, ils ont continué leur coopération à l'œuvre dolosive poursuivie.

Mais, nous le répétons, l'intention délictuelle doit être prouvée à l'encontre de tous ceux qui ont participé à l'opération en elle-même ou aux manœuvres qui en ont rendu possible la réalisation. Cette règle est primordiale et elle aura particulièrement à jouer lorsque l'apporteur sera une société anonyme. Nous venons de voir que, en pareil cas, la responsabilité pénale encourue retombait sur les administrateurs de cette société anonyme. Mais le délit de l'article 38 est un délit suffisamment complexe pour que, seuls, doivent être finalement retenus dans les liens de la prévention, ceux des administrateurs à qui il sera possible de reprocher une pleine connaissance des opérations dolosives qui sont intervenues et une participation directe et personnelle à ces opérations ou aux manœuvres qui l'ont accompagnée.

Par application de l'article 3 du Code pénal, la tentative, qui n'est pas visée dans l'article 38, n'est pas punissable.

Les règles de l'article 38 s'appliquent à tout apport en nature, quel qu'il soit, et à quelque époque de la vie sociale qu'il soit effectué. Spécialement, l'apport exagérément évalué fait, de mauvaise foi, à une société à responsabilité limitée procédant à une augmentation de capital, est punissable si des manœuvres frauduleuses ont été employées pour déterminer le consentement des autres associés.

**21. Pénalités encourues.** — Les peines encourues sont celles prononcées par l'article 405 du Code pénal, c'est-à-dire un emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus, et une amende de 50 francs au moins et de 3.000 francs au plus. Le condamné peut être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'article 42 du Code pénal. Enfin, de plein droit, le condamné encourt la pénalité accessoire prononcée par la loi du 19 juin 1930, portant interdiction de l'exercice de la profession de banquier aux individus frappés de certaines condamnations et aux faillis non réhabilités. Cette prohibition empêche celui qui en est l'objet de devenir ou de demeurer administrateur d'une société réalisant des opérations de banque ou de bourse, ou encore

d'exercer quelque fonction directoriale que ce soit dans une société ayant cet objet.

Toutes les règles ordinaires sur les circonstances atténuantes, le sursis, le non cumul des peines demeurent applicables.

**22. Du capital et des parts divisant le capital.** — Toute société à responsabilité limitée est une société de capitaux qui n'a de solvabilité que dans la mesure exacte des apports faits par les associés. Ces apports constituent le capital. Ce capital doit être expressément énoncé dans l'acte de société. Et si tout ou partie de ce capital résulte d'apports autres que du numéraire, mention doit en être spécialement faite, et mention doit être également faite de l'évaluation donnée à ces apports en nature. Nous venons d'étudier ces règles.

L'article 6 de la loi du 7 mars 1925 fixe un chiffre minimum au-dessous duquel ne peut pas descendre le capital d'origine d'une société à responsabilité limitée. Ce capital doit être au minimum de 25.000 francs. Aucune réduction de capital ne peut le faire statutairement descendre au-dessous de ce chiffre.

La société à responsabilité limitée qui se constituerait avec un capital inférieur à 25.000 francs serait nulle (article 9). Nous examinerons plus loin le véritable caractère qu'il convient d'attribuer à cette nullité.

Par contre, aucun maximum n'a été fixé par le législateur.

Ce dernier avait tout d'abord songé à restreindre le nombre possible des associés; ce nombre aurait été au maximum de cinquante. Cette partie du projet de loi a été par la suite abandonnée. Mais aucune disposition légale n'a envisagé une restriction possible de capital.

Sans doute, les sociétés à responsabilité limitée seront, dans leur grande majorité, des entreprises de petite envergure, destinées à devenir des sociétés anonymes sitôt qu'elles auront acquis un certain développement, mais il n'en est pas moins vrai que, théoriquement, et contrairement à ce qui a été dans la pensée des rapporteurs de la loi, particulièrement de M. Chapsal, les sociétés à responsabilité limitée peuvent, comme les G. M. B. H. allemands, être des sociétés très puissantes, très considérables, très diffuses <sup>1</sup>.

Lorsque le législateur précise que le capital social ne peut pas être fixé, ou réduit, à un chiffre inférieur à 25.000 francs, il ne paraît avoir eu en vue que des fixations statutaires, c'est-à-dire des fixations émanant de la volonté des parties. Le législateur de 1925 n'a pas édicté, pour les

1. Comp. notamment Drouets, 1<sup>re</sup> étude, p. 296.

sociétés à responsabilité limitée, une règle analogue à celle que prescrit l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867 au cas de perte des trois quarts du capital social.

Par ailleurs, il est impossible de confondre le *fonds social* et le *capital social*.

Le capital social est constitué par l'ensemble des apports que font les associés; ce capital est immédiatement soumis à tous les aléas du commerce qu'entreprend la société; il devient le fonds social. Ces aléas permettront peut-être au fonds social de progresser par des incorporations de réserves; ils feront peut-être que ce fonds social diminuera par comparaison avec son importance originaire. Peu importe. La loi de 1867 a réglé l'hypothèse, mais elle ne l'a fait que pour les seules sociétés anonymes. La loi de 1925 n'a rien ordonné.

Le fonds social pourrait, de ce fait, tomber pratiquement au-dessous de 25.000 francs et représenter une solvabilité inférieure à ce chiffre sans que la société à responsabilité limitée soit, pour cette seule raison, obligée de se liquider <sup>1</sup>.

Mais les tribunaux qui viendraient à être saisis du litige par une demande en dissolution et en liquidation anticipée que formulerait un intéressé (qui ne pourrait être le plus souvent qu'un associé) pourraient voir, dans cette diminution notoire infligée au fonds social par des pertes d'exploitation, un juste motif de dissolution anticipée (V. *infra*, n° 93).

Le capital social, dit l'article 6 en son deuxième alinéa, se divise en parts sociales de 100 francs, ou multiples de 100.

Il y a, dans cette disposition, l'indication très nette du caractère propre à la société à responsabilité limitée : c'est une société de capitaux. Les sociétés de capitaux ont, en effet, cette caractéristique de n'avoir, comme élément déterminant de solvabilité, qu'un capital composé grâce aux apports des associés, et de n'attribuer, à ces mêmes associés, qu'un droit social correspondant exactement et mathématiquement à la fraction du capital qu'ils ont par eux-mêmes contribué à former, ce droit social étant lui-même divisé en parts d'une valeur égale.

Dans le projet de loi primitif, les parts devaient être d'un minimum de 500 francs. Le taux minimum de 100 francs a été finalement adopté d'abord pour rester en harmonie avec les dispositions de la loi sur les sociétés par actions, ensuite pour permettre une diffusion plus grande et plus facile des droits sociaux émis par une société à responsabilité limitée.

1. Comp. en ce sens, Lépargneur, 46; Auger et Michel, 3; Pic et Baratin, 392.



Le texte de l'alinéa 2 de l'article 6 est conçu en termes catégoriques et précise que le capital *se divise en parts sociales de 100 francs ou multiples de 100 francs*. Il peut donc y avoir des sociétés à responsabilité limitée où le capital sera divisé en parts de 200 francs, il peut y en avoir d'autres où le capital sera divisé en parts de 1.000 francs, de 10.000 francs; mais il ne peut y en avoir où le capital sera divisé en parts de 250 francs. La question peut encore présenter une certaine importance en cas de réduction de capital, si cette réduction se réalise par une diminution apportée à la valeur statutaire des parts. La diminution ne pourra ni transformer les parts en droits sociaux inférieurs à 100 francs, ni les transformer en droits sociaux non divisibles par cent (v. *infra*, n° 85, réduction de capital).

L'article 6 de la loi de 1925 ne dit pas expressément que les parts divisant le capital d'une société à responsabilité limitée doivent être, toutes, égales entre elles, et on en a conclu parfois que le législateur aurait permis de ce fait la création de parts de valeur inégale, pourvu que chaque part soit toujours d'une valeur divisible par 100 <sup>1</sup>.

Cette doctrine ne nous paraît pouvoir être acceptée que dans la mesure où il est reconnu ou admis que le principe de l'article 34 du Code de commerce ne peut s'appliquer d'une manière rigoureuse aux actions créées par une société anonyme <sup>2</sup>.

La Société à responsabilité limitée n'est pas une société de personnes, c'est une société de capitaux. Le droit de chacun des associés doit donc, dans son principe, demeurer proportionnel aux apports faits par chacun. On en retrouve une preuve dans l'article 28 de la loi de 1925 : *Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre de parts sociales qu'il possède.*

Déjà, en 1925, des réclamations acrimonieuses contre les actions à vote plural étaient formulées; déjà, en 1925, le législateur les écoutait d'une oreille attendrie. L'article 28 ne contient pas une prohibition aussi clairement énoncée qu'est celle contenue dans le texte savamment et patiemment préparé, de la loi du 26 avril 1930. Mais il ne paraît pas niable que cet article 28 procédait bien d'une préoccupation hostile aux droits sociaux dotés d'un droit de vote plural.

Par conséquent, nous ne pensons pas qu'il faille attacher d'importance à ce fait que le législateur de 1925 n'a pas expressément renouvelé

1. Comp. notamment Pic et Baratin, 163; Dalloz, 1925, IV, p. 173, colonne 1.

2. Nous rappelons que cet article 34 est ainsi rédigé : *Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale.*

les dispositions énoncées en l'article 34 du Code de commerce. Ce dernier texte est d'ordre général. Il ne vise que les sociétés anonymes. Mais il s'applique surtout à toutes les sociétés de capitaux. Il s'appliquera notamment aux sociétés en commandite par actions. Il s'appliquera aussi aux sociétés à responsabilité limitée, originairement inconnues du législateur.

Du reste, une analogie certaine existe entre l'action de la société anonyme et la part de la société à responsabilité limitée. La différence primordiale est dans la non-négociabilité des parts et dans l'impossibilité où l'on est, par conséquent, de les matérialiser sous la forme d'un titre négociable. Mais cette différence ne creuse pas, entre les deux formules de titres, un fossé les séparant définitivement. On peut concevoir des sociétés anonymes dont les statuts contiendraient une disposition exceptionnelle et anormale stipulant la non-négociabilité des titres. Des restrictions considérables sont souvent apportées contractuellement à l'encontre de cette libre négociabilité, comme nous l'avons déjà indiqué *supra*, n° 3. La part est donc une action ayant cet inconvénient de n'être pas négociable librement. Mais la part et l'action sont étroitement de la même famille.

Il est dès lors logique d'appliquer à l'une et à l'autre des règles générales identiques, au moins tant que le législateur n'en a pas spécialement décidé autrement.

Il faut immédiatement ajouter que l'article 34 du Code de commerce ne doit pas s'appliquer aux sociétés à responsabilité limitée d'une manière particulièrement rigoureuse. Il en est de même d'ailleurs pour les sociétés anonymes; on doit admettre que le caractère tout à fait dilué qu'il convenait d'attribuer aux règles posées par ce texte du Code de commerce, et que l'interprétation très adoucie qu'il fallait donner à ce texte, rendaient possible la création d'actions ayant une valeur unitaire différente, antérieurement à la loi du 26 avril 1930.

Une création de parts à valeur unitaire différente devient donc possible. Mais cette faculté ne résulte pas de ce que l'article 34 du Code de commerce ne serait pas applicable aux sociétés à responsabilité limitée, elle résulte de ce que la règle posée en l'article 34 ne la rend pas impossible.

Nous examinerons du reste plus loin plusieurs des règles se rapportant aux parts créées par une société à responsabilité limitée en division de son capital, surtout en envisageant alors ces parts sous le rapport de leur négociabilité très restreinte.

Rien ne s'oppose à ce que les parts soient numérotées. Ce qui est

impossible, c'est de les négocier par voie de transfert ou de tradition, c'est encore de les matérialiser par un titre ayant une puissance intrinsèque de négociabilité. Mais ce n'est leur attribuer aucun de ces caractères que de leur attribuer un numérotage servant à les individualiser dans les rapports internes que les associés peuvent avoir les uns avec les autres.

Il peut donc être stipulé que l'associé *Primus* aura, du fait de sa souscription, dix parts, ces dix parts devant être numérotées de 1 à 10, alors que l'associé *Secundus* aura dix autres parts, lesquelles seront numérotées de 11 à 20.

Cette manière de faire n'a rien d'irrégulier. Elle est au surplus la seule qui permette d'obéir aux prescriptions de l'article 24 de la loi du 30 décembre 1928, laquelle frappe d'un droit de mutation mobilière ou immobilière les cessions de parts sociales attribuées en rémunération d'apports qui ne consistent pas en numéraire.

**23. Emission de parts privilégiées.** — Le principe de l'égalité qui doit exister entre toutes les parts émises par une société à responsabilité limitée, ne fait pas obstacle à la création possible de parts privilégiées et de parts ordinaires. Il en est du reste exactement de même pour les actions d'une société anonyme.

Le privilège accordé aux parts d'une catégorie déterminée peut surtout être un privilège d'ordre pécuniaire en ce sens que les parts privilégiées disposeront de certains avantages soit dans la répartition des bénéfices annuels, soit dans la répartition de l'actif en cas de liquidation.

Les parts privilégiées peuvent se voir allouer un dividende cumulatif, alors que le dividende alloué aux parts ordinaires n'aurait pas ce caractère.

Les parts privilégiées peuvent se voir reconnaître un droit préférentiel de souscription dans toutes augmentations de capital.

Mais il ne semble pas qu'un droit de vote plural puisse être statutairement alloué à certaines parts privilégiées. Non pas que la loi du 26 avril 1930 puisse s'appliquer aux parts émises par une société à responsabilité limitée. Le texte de cette loi est catégorique; la loi ne parle que des actions; elle ne vise par conséquent que les sociétés anonymes ou les sociétés en commandite par actions.

Sans doute, comme nous venons de l'indiquer, la part divisant le capital d'une société à responsabilité limitée ressemble extrêmement à une action, on peut dire d'elles qu'elles sont sœurs.

Mais la loi du 26 avril 1930 a un caractère prohibitif qui lui donne du



même coup un caractère exceptionnel; on ne peut que l'appliquer restrictivement; elle frappe celle des deux sœurs qu'elle a nommément visée; elle ne frappe pas l'autre sœur. Non pas parce que l'autre sœur ne mérite pas d'être englobée dans la prohibition, mais seulement parce que le texte ne la vise pas nommément.

La question est en effet, ici, bien différente de celle que nous venons d'examiner au sujet de l'article 34 du Code de commerce; le premier alinéa de cet article 34 remonte à une époque où il n'était pas question des sociétés à responsabilité limitée; ce texte pose, par ailleurs, un principe d'ordre général.

Il n'en est pas de même de la loi du 26 avril 1930, texte postérieur à la création des sociétés à responsabilité limitée, de telle sorte que l'on peut aisément admettre que si le législateur de 1930 n'a visé que les actions, en oubliant les parts, c'est que telle était bien son intention.

Mais il semble bien que l'interdiction de toute création de parts à vote plural résulte de l'article 28 de la loi du 7 mars 1925, texte impératif que nous avons reproduit tout à l'heure.

Cependant, s'il est possible de créer des parts représentant des capitaux inégaux, la volonté très certaine du législateur de 1925, qui, par son article 28, s'annonçait comme un précurseur de la loi du 26 avril 1930, cette volonté très certaine se trouvera manifestement déjouée.

Il faut donc, pensons-nous, dire que la création brutale de parts dotées d'un vote plural est interdite dans une société à responsabilité limitée.

Mais cette création de parts à vote plural peut-elle être hypocritement réalisée par l'émission des parts d'une valeur différente?

Si, par exemple, le capital de 100.000 francs se trouve divisé en 100 actions de 100 francs et en 90 actions de 1000 francs, et si on applique à la lettre l'article 28, dans sa deuxième partie, en attribuant une voix par part, on voit que, avec un capital de 10.000 francs, un associé pourrait avoir plus de voix que tous les autres, groupant un capital de 90.000 francs.

Nous examinons cette question *infra* n° 81, a.

Les parts privilégiées peuvent être créées non seulement à la constitution de la société à responsabilité limitée, mais également au cours de l'existence de celle-ci, de même que dans les sociétés anonymes des actions privilégiées peuvent être créées en cours de vie sociale. En effet, la société ne peut créer une série de parts privilégiées que sur un vote

1 Sur les difficultés créées par les assemblées spéciales dans les sociétés anonymes voir Copper Royer, t. II, n° 326; Decugis, p. 14 et 42; Wahl, *J. Soc.*, 1903, p. 49; Houpin, *J. Soc.* 1907.289.

favorable des associés réunis en assemblée générale où tous les associés ont accès. Aucune surprise pour ceux-ci n'est donc à craindre. Leurs intérêts et leurs droits ne seront sacrifiés qu'autant que leur négligence l'aura bien voulu.

Il nous semble que les actions privilégiées ainsi créées devront, pour certains votes, se réunir en assemblées spéciales. Le principe de ces assemblées, tel qu'il a été posé par la loi du 16 novembre 1903, modificatrice de l'article 34 du Code de commerce, apparaît comme trop rationnel et comme trop équitable pour qu'on puisse se refuser à l'admettre pour les sociétés à responsabilité limitée qui viendraient à créer des parts à droits inégaux. Le fonctionnement de ces assemblées spéciales devrait être déterminé d'après les règles en usage pour les sociétés anonymes.

**24. Création des parts de jouissance.** — Il peut encore être créé des parts de jouissance, assimilables à des actions de jouissance<sup>1</sup>. Les actions de jouissance ont généralement pour origine un emploi particulier fait des bénéfices de l'exploitation sociale, ces bénéfices étant attribués à toutes les actions, ou à certaines seulement d'entre elles désignées par la voie du sort, à titre de remboursement anticipé du capital social au lieu de l'être à titre de dividende, ce qui eut été la formule normale. Dans certaines circonstances, rendues exceptionnelles par l'article 80 de la loi du 13 juillet 1925, cette formule quant à l'attribution de sommes qui existent dans la caisse sociale en excédent du capital social, jouit d'appréciables exonérations fiscales.

Les associés d'une société à responsabilité limitée sont libres d'assurer comme bon leur semble la répartition des bénéfices que peut réaliser l'entreprise commerciale de leur société. Ils peuvent donc créer des parts de jouissance, lesquelles, pour leur création comme pour leur réglementation, suivront exactement les règles propres aux actions de jouissance dans les sociétés anonymes.

Parfois, les actions de jouissance ont une autre origine, la cause de la transformation des actions de capital en actions de jouissance remontant à une réduction du capital social.

L'action de jouissance, devenue telle par l'effet d'une réduction du capital social, et, par conséquent n'ayant plus de valeur nominale que par le souvenir que son propriétaire peut conserver des fonds qu'il a

1. Sur les actions de jouissance, voir Copper Royer, t. I, n° 327; Maria, *Des actions de jouissance*; Thaller, *J. Soc.* 1906.481; Valéry, *Rev. Gén. de dr. et de légis.*, 1906, 32 et suivants; Morel, *Des act. de jouis. dans les Soc. par act.*; Pic, *J. Soc.* 1912, p. 5.

originaires versés et qui n'existent plus, s'apparente à la part bénéficiaire, avec cette différence que la part bénéficiaire ne confère aucun droit de vote dans les assemblées, alors que l'action de jouissance conserve le droit de vote qu'elle avait auparavant.

Nous examinerons un peu plus loin la question de savoir si une société à responsabilité limitée peut créer des parts bénéficiaires.

**25. Désignation de l'objet et raison sociale.** — L'article 2 de la loi du 7 mars 1925 dit que les sociétés à responsabilité limitée peuvent être constituées pour un objet quelconque, sans que les sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne puissent être constituées sous cette forme. Les sociétés d'assurance sont en effet réglementées par le décret du 22 juillet 1868, par la loi du 17 mars 1905 et par le décret du 28 février 1899. Les sociétés de capitalisation sont réglementées par la loi du 9 décembre 1907. Les sociétés d'épargne le sont par la loi du 3 juillet 1913.

Certaines Chambres de commerce, notamment celle de Strasbourg et celle de Marseille, avaient demandé que cette interdiction soit étendue à certains autres commerces, notamment à toutes opérations bancaires. C'est à très juste titre que cette suggestion n'a pas été acceptée, d'abord, en droit, parce qu'aucune loi antérieure ne réglemente spécialement les entreprises de banque, ensuite, en fait, parce que la responsabilité limitée des sociétés anonymes est tout aussi fermée que la responsabilité des sociétés créées par la loi du 7 mars 1925, de telle sorte que toute initiative sur ce point n'eut pas manqué de créer un précédent très dangereux.

L'objet de la société à responsabilité limitée doit, aux termes de l'article 14, être indiqué dans l'extrait de l'acte constitutif, C'est dire, d'une manière suffisamment précise, que cet objet doit être mentionné dans l'acte écrit qui doit nécessairement intervenir pour constater la formation de la société à responsabilité limitée.

Cet objet qui, aux termes de l'article 2, peut être quelconque, ne peut cependant être un objet n'ayant pas un caractère lucratif. Ce sans quoi, le groupement qui se forme n'est pas une société, c'est une association<sup>1</sup>. La société à responsabilité limitée est forcément commerciale, aux termes de l'article 3; elle ne peut être formée que dans le but de poursuivre un bénéfice d'ordre pécuniaire. Il ne serait par exem-

1. Voir Copper Royer, t. I, n° 16; Hayem, *Des domaines respectifs de la Société et de l'Association*.



ple pas possible de constituer, sous la formule d'une société à responsabilité limitée, un groupement de porteurs de parts bénéficiaires, ce groupement ne poursuivant qu'une défense d'intérêts collectifs qui ne présentent pas intrinsèquement un caractère pécuniaire.

Une même solution ne peut manquer d'intervenir pour un groupement d'obligataires.

La Société à responsabilité limitée doit encore avoir une raison sociale. L'article 11 déclare que les sociétés à responsabilité limitée sont qualifiées par la désignation de l'objet de leur entreprise, ou désignées sous une raison sociale comprenant les noms d'un ou de plusieurs des associés.

L'article 14 ajoute que l'extrait des statuts que l'on doit publier dans un journal d'annonces légales doit contenir l'indication de la raison sociale ou de la dénomination adoptée par les associés. Il y a donc là un élément nécessaire devant intervenir dans le texte même de l'acte de société.

Quant aux règles contenues aux articles 29 et 30 du Code de commerce, les mêmes glissements dans l'interprétation que la jurisprudence en fait dans leur application aux sociétés anonymes doivent se retrouver dans les sociétés à responsabilité limitée. On peut, de la sorte, attribuer à une société le nom individuel du fondateur de l'entreprise sociale, ce nom individuel devenant alors l'analogue d'une enseigne, dont la propriété appartient en propre à la société; cette propriété se retrouve même dans la liquidation de la société, c'est un élément d'actif dont le liquidateur pourra tirer parti. En abandonnant sans réserve à une société de capitaux son nom patronymique, le fondateur d'une entreprise commerciale court certains dangers futurs dont il n'apprécie souvent pas tout de suite toute l'importance morale.

Une Société à responsabilité limitée peut donc s'appeler du nom de son fondateur, apporteur ou gérant, aussi bien que du nom de l'entreprise dont elle poursuit la réalisation. Elle peut se dénommer *Société de banque*, ou *Banque Durand*, ou *Durand, Société à responsabilité limitée*.

Mais il ne nous semble pas qu'elle puisse se dénommer *Durand et Compagnie*, une semblable dénomination ne pouvant s'appliquer qu'à une société où se retrouve au moins un associé indéfiniment responsable, et ne pouvant que créer une confusion dangereuse.

L'article 11 dit bien d'ailleurs que les sociétés à responsabilité limitée se dénomment d'après l'objet de l'entreprise ou sous une raison sociale

comprenant les noms d'un ou de plusieurs associés. Cela tend à exclure l'introduction des mots *et Compagnie*.

Nous reconnaissons au surplus qu'aucune nullité intrinsèque ne peut s'en suivre et que la conséquence d'une utilisation fautive de ces mots sera de créer un germe de responsabilité éventuelle pour les associés qui auront provoqué cette confusion possible.

Les règles propres à la dénomination d'une société de capitaux sont applicables aux sociétés à responsabilité limitée puisque, selon nous, ces sociétés sont des sociétés de capitaux. La dénomination de la société à responsabilité limitée constitue donc une sorte de nom patronymique. Ce n'est pas une chose identique à une marque de fabrique. La loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique ne joue donc pas en cette matière. La Société devient propriétaire de son nom patronymique à la suite des publications légales régulièrement faites tant en vertu de la loi du 18 mars 1919 relative au Registre du Commerce que de celle du 7 mars 1925. Enfin, ce droit de propriété est exclusif et aucune autre société ne pourrait se désigner sous un nom identique<sup>1</sup>, sans que la première société ne puisse l'obliger à changer de nom, cette identité du nom pouvant causer un préjudice certain à cette première société, même si la seconde n'a pas le même objet, au cas par exemple où cette seconde société usurpatrice tomberait en faillite et viendrait à tacher un nom, qu'une autre légitimement porte.

D'accord en cela avec la grande majorité de la doctrine, mais contrairement à une jurisprudence inexplicable du Tribunal de Commerce de la Seine, nous considérons que la dénomination d'une société de capitaux constitue une propriété exclusive, dont l'initiative ultérieure d'une tierce entreprise ne peut venir la priver, cette tierce entreprise eût-elle un objet commercial différent de l'objet commercial de la société qui, ayant été la première en date à utiliser cette sorte d'enseigne ou de marque, demeure la seule à pouvoir l'utiliser.

**26. Du nombre minimum des associés.** — L'article 5 de la loi du 7 mars 1925 dit que le nombre des associés n'est pas limité; il peut être de deux seulement. Mais il faut qu'il y ait au minimum deux associés. Si, par un moyen quelconque il était démontré que tous les associés inscrits dans l'acte statutaire sont fictifs, sauf un seul, dans le patrimoine individuel duquel se résorbent tous les intérêts pécuniaires mis en

1. Des décisions judiciaires l'ont admis en cas de noms similaires. — Comp. Trib. comm. Seine, 1<sup>er</sup> août 1912, *J. Soc.* 1913.376.

action du fait de ce fantôme de cette société, alors il n'y a pas de société.

L'acte juridique réalisé par ceux qui y ont concouru est une simulation.

Ce n'est pas une société, parce que l'article 1832 du Code civil précise que *la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes...*

Donc il faut tre au moins deux.

Et si, sur ces deux, il y en a un qui, en fin de compte, ne doit pas être pris en considération, il n'y a pas société.

La nullité est alors une nullité absolue, parce que le vice qui atteint l'acte juridique réalisé en apparence est un vice qui atteint une des conditions mises par la loi pour que l'acte existe. Ce n'est pas une condition de validité. C'est une condition d'existence qui fait défaut.

Le nombre minimum de sept ordonné par l'article 23 de la loi du 24 juillet 1867 a été écarté, à juste titre, puisque la pensée dominante du législateur de 1925 fut d'organiser une société susceptible d'englober des entreprises familiales, de moindre envergure et de fonctionnement plus simplifié que ne le sont les sociétés par actions.

Le projet primitif de la loi comportait même la limitation à cinquante du nombre maximum des associés. La Chambre a supprimé cette limitation.

L'article 14 indique que l'extrait des statuts à publier dans un journal d'annonces légales doit mentionner *les noms des associés*. Par ailleurs, l'article 4, § 3 spécifie que tous les associés doivent intervenir à l'acte constitutif soit par eux-mêmes soit par des fondés de pouvoir justifiant d'une procuration spéciale.

Le nom des associés est donc un élément essentiel de l'acte de société.

L'article 14 parle *des noms* des associés; ce pluriel est une manifestation nouvelle de la sympathie abusive que le législateur nourrit pour les pluriels. Car il est certain qu'une personne n'a qu'un nom.

Seulement, ce qui est vrai, c'est que la pure et simple indication d'un nom patronymique est insuffisante pour donner, d'une personne déterminée, la désignation complète et précise qui est, au fond, ce que le législateur a voulu prescrire.

Aussi doit-on admettre que l'acte de société doit contenir, en outre du nom patronymique de chaque associé, ses prénoms, ou, à tout le moins, son prénom usuel, sa profession et son domicile. D'ailleurs, les règles qui président à l'élaboration de la liste annexée à la déclaration notariée que doivent faire les fondateurs d'une société anonyme, sont celles qui doivent s'appliquer en cas de sociétés à responsabilité limitée.

Une certaine tolérance existera donc en ce qui concerne l'indication



de la profession ou des prénoms de chaque souscripteur <sup>1</sup>, mais une même jurisprudence admet qu'une omission volontaire des qualités individualisant chaque souscripteur peut suffire pour entraîner la nullité de la société <sup>2</sup>.

L'article 20 de la loi du 7 mars 1925 prescrit d'ailleurs de mentionner au Registre du Commerce les noms et prénoms des associés, la date et le lieu de leur naissance, ainsi encore que leur nationalité (voir *infra*, n° 30).

**27. Rémunération du fondateur. Création de parts bénéficiaires.** — Une société à responsabilité limitée ne se conçoit que malaisément avec des avantages qui sont souvent conférés dans les sociétés anonymes à des fondateurs ou à toutes autres personnes, avantages qui se concrétisent sous forme de commission de banque, parts bénéficiaires, actions industrielles, pourvu, parfois, que ces dernières demeurent strictement en dehors du capital social.

Tout d'abord, il est certain que des parts industrielles ou de prime sont rendues impossibles par l'article 7, § 1, lequel précise que la société ne peut être constituée qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société, *et qu'elles ont été libérées intégralement*.

Il ne peut donc exister de parts qui, par définition même, ne seraient pas des parts libérées.

Une commission de banque peut être stipulée, en ce sens au moins que si elle est bien stipulée payable après seulement que la société aura été constituée et aura commencé son exploitation, la libération intégrale des parts et, par voie de conséquence, la formation intégrale du capital statutairement énoncé, auront été des faits matériels et précis au sujet desquels aucune affirmation inexacte n'aura été effectuée.

Mais il n'est pas douteux que cette affirmation n'aura été que passablement hypocrite, si, en même temps qu'ils la formulent, les associés savent et acceptent que le capital sera, au lendemain même de la constitution, plus ou moins sensiblement diminué du fait d'une opération ne procurant aucune contre-partie susceptible d'une réalisation en cas de liquidation.

Ce sont là du reste arguments qui peuvent aussi bien servir en cas de

1. Comp. Trib. comm. Seine, 22 avril 1886, *Rev. Soc.* 86.399; Trib. comm. Seine, 14 janvier 1888, *Rev. Soc.* 88.168; Paris, 17 juin 1890, *J. Soc.* 90.439; Orléans, 24 juillet 1890, D. P. 91.2.337; Civ. rej. 13 février 1894, D. P. 94.1.165; Civ. rej. 21 janvier 1895, *J. Soc.* 95.102.

2. Trib. comm. Seine, 13 juillet 1885, *Rev. Soc.* 86.629; Trib. comm. Seine, 8 août 1889, *J. Soc.* 89.513; Paris, 19 juin 1890, *Rev. Soc.* 90.505.

société anonyme qu'en cas de société à responsabilité limitée, car, dans un cas comme dans l'autre, la pensée du législateur a été de rendre le capital social intégralement garant des engagements que la société allait pouvoir prendre envers les tiers qui feraient confiance à sa solvabilité apparente<sup>1</sup>.

Quant aux parts bénéficiaires, des discussions assez étroites se sont produites en doctrine à leur sujet, la jurisprudence n'ayant pas encore été appelée à se prononcer sur cette question, laquelle comporte certains éléments de discussion suffisamment précis pour qu'on puisse dire que la solution qui doit intervenir ne comporte pas grande marge pour l'incertitude.

Toute discussion paraît barrée par deux textes, l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 janvier 1929, l'article 4 § 4 de la loi du 7 mars 1925.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 janvier 1929 dit, en son premier alinéa : *Les sociétés commerciales par actions peuvent créer, attribuer et émettre, soit lors de leur constitution, soit ultérieurement, des titres négociables, sous le nom de parts de fondateur ou de parts bénéficiaires.*

On peut, de ce texte, retenir que les parts bénéficiaires sont des *titres négociables*.

Par *titres négociables*, on entend communément des valeurs mobilières s'analysant finalement comme des créances, mais demeurant négociables autrement que par les modalités civiles de l'article 1690.

Si, donc, on doit, à raison des termes exprès de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 janvier 1929, considérer qu'il est de l'essence des parts bénéficiaires d'être négociables suivant les voies commerciales, on doit recon-

1. Comp. Copper Royer, t. I, n<sup>os</sup> 33 et suivants; Albert Wahl, *Droit commercial*, n<sup>o</sup> 712. La jurisprudence, en matière de commission de banque, est passablement disparate, admettant le principe d'une pratique commerciale qui est d'un usage assez courant.

Mais en en restreignant l'application dans beaucoup de cas, particulièrement lorsque la commission de banque aurait été allouée à une personne qui est en même temps souscriptrice d'actions et qui en profiterait pour ne pas libérer matériellement le premier quart du capital par elle souscrit (comp. Crim. rejet, 17 juillet 1885, D. P. 86.1.273; Req. 2 mai 1887, D. P. 87.1.198; Paris, 17 juin 1904, D. P. 1907.2.152; Paris, 22 décembre 1905, D. P. *ibidem*; Trib. corr. Seine, 20 novembre 1884, *Rev. Soc.* 84.688).

Par con re, le prélèvement fait après coup sera valable, ce qui est d'un pharisaïsme éclatant (Orléans, 15 février 1888, *Rev. Soc.* 88.307; Paris, 1<sup>er</sup> juin 1889, *Rev. Soc.* 89.293; Besançon, 3 août 1898, *J. Soc.* 1900.13; Crim. rejet, 3 juillet 1914, *J. Soc.* 1915.76).

Un arrêt isolé a déclaré, sans l'ombre d'une raison juridique, que les fonds du premier quart devaient être exclusivement appliqués aux besoins de l'exploitation sociale (Req. 28 octobre 1901, *J. Soc.* 1904.205).

naître du même coup que toute émission de parts bénéficiaires est interdite aux sociétés à responsabilité limitée.

Et c'est alors qu'intervient le deuxième des textes que nous avons mis en cause, l'alinéa 4 de l'article 4 de la loi du 7 mars 1925, lequel est ainsi conçu : *Il est interdit à la société d'émettre pour son propre compte, par souscription publique, des valeurs mobilières quelconques.*

Ce texte se trouve corroboré et confirmé par les articles 21 et 23, lesquels disent : *Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables, nominatifs, au porteur ou à ordre : elles ne peuvent être cédées que conformément aux dispositions des articles ci-après.*

— *Les cessions de parts sociales doivent être constatées par un acte notarié ou sous seings privés. Elles ne sont opposables à la société et aux tiers qu'après qu'elles ont été signifiées à la société ou acceptées par elle dans un acte notarié, conformément à l'article 1690 du Code civil.*

Sans doute, l'interdiction contenue dans l'article 4, § 4, est conçue en termes ambigus, car elle paraît demeurer subordonnée à l'existence d'une émission publique. Au cours des discussions des lois Caillaux du 30 janvier 1907, et Ribot du 31 mai 1916, la notion d'émission publique a été précisée par le législateur. On sait qu'il faut entendre par là une invitation que la société adresse au public, par le moyen de la presse, ou de prospectus, ou de circulaires, ou de démarcheurs, d'apporter à cette société des capitaux contre la délivrance ultérieure des titres<sup>1</sup>. Faut-il conclure de ce texte de l'alinéa 4 que les sociétés à responsabilité limitée peuvent émettre des titres négociables, sitôt que l'émission de ces titres se réalise au moyen d'une opération ne comportant pas d'appel au public, au sens des lois des 30 janvier 1907 et 31 mai 1916?

Ce serait, à notre avis, donner une fausse interprétation à l'alinéa 4 lequel ne peut se comprendre que si on l'apparente aux articles 21 et 23, de telle sorte que l'on peut dire : Une société à responsabilité limitée ne doit pas comporter de titres négociables autrement que suivant les modalités civiles de l'article 1690.

C'est refuser aux sociétés à responsabilité limitée toute possibilité quant à la création de parts bénéficiaires, titres commercialement négociables, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1 de la loi du 23 janvier 1929<sup>2</sup>.

1. M. Ribot, ministre des Finances déclarait au Sénat : « Il y a donc dans le sens du mot cet élément certain : l'appel au marché, l'introduction de valeurs nouvelles sur le marché national sous une forme quelconque. »

2. Comp. en ce sens, Lépargneur, 43; Pic et Baratin, 272.

Comp. en sens opposé, Drouets, n° 275; Auger et Michel, fasc. 71, VI, n° 43; Piot, 45.



Tel est le principe.

Mais il est par ailleurs certain que les associés peuvent valablement stipuler telles conditions contractuelles que bon leur semblera quant au partage des bénéfices qu'ils réaliseront au cours des exercices futurs.

Il est également certain qu'une fraction plus ou moins considérable de ces bénéfices peut revenir à d'autres qu'aux associés ayant contribué, par leurs versements, à la formation du capital.

Il est par conséquent certain que la société à responsabilité limitée peut comporter, fût-ce par ses statuts, l'attribution d'un avantage particulier, au sens où ce mot est pris par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867; cet avantage particulier sera attribué soit à une personne faisant à la société un apport ne rentrant pas dans la composition du capital et ne donnant pas lieu à l'attribution de parts, soit à telle personne à qui les associés voudront, pour une cause quelconque, faire une situation pécuniairement privilégiée <sup>1</sup>.

Et sitôt la société constituée, il existera deux catégories de personnes intéressées dans le partage des bénéfices de chaque exercice social : les associés, en première part, à raison de la fraction bénéficiaire statutairement dévolue aux parts dont ils sont propriétaires; l'attributaire de l'avantage particulier, en deuxième part, à raison des droits contractuels qui lui ont été reconnus.

Cet attributaire d'avantage particulier fait figure de créancier, sa créance étant d'ailleurs une créance sociale, étant conditionnelle et subordonnée à l'existence, en fin d'exercice, de bénéfices obtenus par une gérance à laquelle il ne participe pas, enfin reconnus disponibles par une décision à laquelle il n'intervient pas.

C'est, au premier chef, un *sleeping partner*.

Rien n'empêche cet attributaire d'un avantage particulier d'apporter à une société constituée sous une autre formule que celle d'une société à responsabilité limitée tous les droits utiles produits par cet avantage.

Si cette société est une société permettant l'émission de titres négociables, cet attributaire finira par posséder, très légalement, des titres négociables correspondant au droit, originairement non négociable, qui lui fut conféré <sup>2</sup>.

1. Sur les causes d'attribution de ces avantages particuliers dans une société anonyme à un fondateur, un apporteur, des créanciers, aux premiers souscripteurs, etc. Voir Copper Royer, t. II, n<sup>o</sup> 443 et suivants.

2. On peut invoquer en ce sens les travaux parlementaires qui ont préparé le vote de la loi, la rédaction du projet du gouvernement ayant été remaniée par la Commis-

Nous ferons remarquer que ce rôle de *sleeping partner* ou de croupier est bien celui qu'il paraît juridiquement exact de reconnaître aux porteurs de parts bénéficiaires de sociétés anonymes, au moins dans la majeure partie des cas <sup>1</sup>.

Une question très différente peut se poser en cas de transformation en une société à responsabilité limitée d'une société constituée sous une autre forme et ayant déjà émis des parts bénéficiaires.

L'article 41 de la loi du 7 mars 1925 dit en effet que les sociétés en nom collectif ou en commandite et les sociétés anonymes peuvent, quelle que soit la date de leur constitution, se transformer en sociétés à responsabilité limitée, sous réserve des droits des tiers.

Nous laisserons de côté les sociétés de personnes, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, car il ne paraît pas que des sociétés de cette nature puissent émettre quelque titre négociable que ce soit; par conséquent, elles n'ont pas pu émettre des parts bénéficiaires au moment où elles réalisent leur transformation en société à responsabilité limitée. Au surplus, le texte même de l'alinéa 1 de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 23 janvier 1929 paraît bien s'opposer à la création de toutes parts bénéficiaires par une société commerciale qui n'est pas une société *par actions*.

C'est donc uniquement une société rentrant dans le cadre de la loi du 24 juillet 1867 qui pourrait avoir créé des parts bénéficiaires au moment où elle se transformerait en une société à responsabilité limitée.

Que deviendront en pareil cas les parts bénéficiaires existantes?

La transformation d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée n'est pas chose facile, et ce, quels que soient les termes, passablement imprudents, dont s'est servi le législateur dans l'article 41 de la loi de 1925.

Nous indiquerons plus loin, *infra*, N° 87 (transformation) les objections considérables qui s'élèvent à l'encontre d'une décision de cet ordre qui ne réunirait pas l'unanimité des actionnaires.

sion de la Chambre des députés, afin de bien préciser que l'interdiction s'appliquait à la société, agissant pour son propre compte, et non aux sociétaires, lesquels pourront toujours ouvrir, pour leur compte personnel, une souscription publique à des valeurs mobilières (Comp. D. P. 1925, IV, p. 172, colonne 3).

1. Sur ce dernier point, voir Copper Royer, t. II, n° 442; Houpin, *J. Soc.* 1894.184 et *Traité*, t. I, n° 371. — Comp. également parmi la jurisprudence, Paris, 13 janvier 1882, S. 83.2.233; Req. 26 novembre 1904, *J. Soc.* 1905.114; Trib. civ. Seine, 16 décembre 1912, *Rev. Enreg.* 1914.41.

Or une assemblée générale, qui pour pouvoir agir, doit réunir l'unanimité des actionnaires, n'est pas, à proprement parler, une assemblée générale. Car, dans la conception courante du mot, une assemblée générale est faite pour exprimer la volonté collective d'une majorité, cette volonté collective s'imposant à toutes volontés individuelles de dissidents ou d'absents.

Sitôt qu'une semblable volonté collective demeure sans force opérante, il ne peut plus être parlé que de volontés individuelles qui, même réunies en faisceau, ne sont jamais que des volontés individuelles.

Ce n'est plus l'être moral qui veut. Ce sont les personnes physiques qui avaient, par leurs apports, constitué cet être moral, qui émettent successivement leur volonté et qui donnent leur consentement.

L'unanimité requise signifie que l'on a recours au consentement de chacun des associés pris individuellement quant à la modification que l'on propose d'un contrat auquel ces associées avaient déjà, pris individuellement, donné leur consentement.

De telle sorte que ce n'est plus l'être moral qui se modifie, mais c'est l'être moral que l'on modifie .

Mais admettons que cette unanimité se soit trouvée réunie pour transformer en société à responsabilité limitée la société anonyme originellement créée.

Les actions divisant le capital de cette société vont devenir des parts. Elles vont, de ce fait, perdre tout caractère de titres négociables.

Mais que vont devenir les parts bénéficiaires qui, nous le supposons, avaient été créées et émises par cette société anonyme?

Elles doivent disparaître. Comme nous l'avons vu, une société à responsabilité limitée ne peut émettre de titres qui soient au nominatif ou au porteur. En adoptant volontairement cette forme nouvelle, les associés renoncent *ipso facto* aux facilités que procurait la formule par eux initialement adoptée.

Ils doivent d'autant plus être considérés ainsi que l'adhésion par eux donnée à la transformation de leur société a été, de toute nécessité, une adhésion individuelle. Sans les termes formels de l'article 41, la nécessité de cette adhésion individuelle ferait considérer la transformation comme comportant la création d'une société nouvelle; et non pas comme une simple modification statutaire.

Les porteurs de parts peuvent, dès lors, se trouver singulièrement lésés du fait d'une décision prise par les actionnaires, en dehors d'eux, et peut-être même contre eux. La réclamation que peuvent alors for-



muler les porteurs de parts variera selon que les parts seront, ou non, soumises au régime établi par la loi du 23 janvier 1929 <sup>1</sup>.

**28. Formalités de constitution.** — Le législateur de 1925 fut assurément beaucoup moins formaliste que celui de 1867 au sujet des formalités de constitution exigées à peine de nullité.

L'article 7 de la loi dit que les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées *qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société et qu'elles ont été libérées intégralement*. Déjà, l'article 4, en son alinéa 3, dit que tous les associés doivent intervenir à l'acte, en personne ou par des mandataires justifiant d'un pouvoir spécial.

Enfin, l'article 7, dans son dernier alinéa, dit que les fondateurs doivent déclarer expressément, dans l'acte même de société, que toutes ces conditions sont remplies.

Ainsi donc, le processus des événements est le suivant :

— Un ou plusieurs fondateurs font le projet d'établir une société à responsabilité limitée avec un objet et sur des bases déterminés; — ils établissent un avant-projet d'acte de société;

— Cet avant-projet d'acte de société doit contenir toutes les indications essentielles que nous avons rappelées et qui sont notamment stipulées dans l'article 14, soit :

L'indication que la société est à responsabilité limitée;

Son objet;

Sa raison sociale, ou la dénomination adoptée par la société;

Le siège social;

Le montant du capital social; l'espèce et la valeur des apports en nature, cette indication devant être suffisamment détaillée pour que tous les intéressés y puisent tous renseignements utiles;

La clause qui attribue des intérêts aux associés même en l'absence de bénéfices, dans les conditions de l'article 34;

L'époque où la société commence, celle où elle doit finir.

Nous rappelons que l'acte, dans sa forme définitive, devra encore mentionner le nom des associés, et leurs qualités distinctives, — l'indication du nombre des parts sociales attribuées à chacun des associés, toutes les parts devant, sans exception, être réparties dans l'acte de société; — le nom et les qualités distinctives des gérants; — s'il y a lieu, les nom et qualités des membres du Conseil de surveillance;

1. Comp. Copper Royer, t. II, n<sup>os</sup> 464 et suivants.

enfin, la déclaration expresse que toutes les parts divisant le capital ont été attribuées et qu'elles ont été libérées intégralement, l'alinéa 2 de l'article 7 renouvelant, par une répétition qui paraît superflue, cette même obligation en ce qui concerne les parts libérées par le moyen d'un ou de plusieurs apports en nature.

Sur cet avant projet, justifiant des bases essentielles du contrat de société qu'il propose au consentement de tous les futurs adhérents, le fondateur recueille des adhésions, lesquelles ont surtout besoin d'être matérialisées par un versement intégral des capitaux pour lesquels celui qui donne son consentement d'associé déclare s'obliger.

Ces capitaux doivent être reçus par le fondateur qui devra justifier de leur existence. Le fondateur fera donc bien de les verser en banque, à un compte spécial; ce compte pouvant être établi à son nom, mais avec une individualisation distincte, ou pouvant être établi au nom de la société en formation.

Il arrive un moment où l'intégralité des fonds couvrant le capital statutairement annoncé se trouvera réuni. Cette période préliminaire peut du reste être excessivement courte, si le nombre des associés est restreint.

Alors, le fondateur arrête définitivement les termes de l'acte de société, et il y introduit les indications complémentaires que nous avons spécifiées tout à l'heure.

Cet acte de société est établi, dit l'article 4, en autant d'exemplaires originaux qu'il est nécessaire pour que l'un reste déposé au siège social et les autres soient fournis à l'appui des diverses formalités requises. Nous avons expliqué, *suprà* n° 6 (acte de société), que le nombre minimum des originaux devant être revêtus de la signature de chacune des parties devait ainsi être de quatre.

Nous avons expliqué au même alinéa qu'il était infiniment plus prudent d'établir l'acte de société, en outre de ces quatre originaux indispensables, en autant d'exemplaires que d'associés, et ce, pour obéir aux prescriptions contenues dans l'alinéa 1 de l'article 1325 du Code civil. Le La signature de chacun des associés devra être apposée sur chacun des originaux, mais cette signature n'a pas besoin d'être précédée des mots *lu et approuvé* parce que l'acte de société est un acte synallagmatique et que l'article 1325 du Code civil n'est pas applicable aux actes synallagmatiques ayant nécessairement à être rédigés en plusieurs exemplaires<sup>1</sup>.

1. Comp. à ce sujet, Req. 3 mai 1886, D. P. 87.1.16; Civ. cass. 8 mars 1887, D. P. 87.1.264; Req. 4 août 1896, D. P. 96.1.528.

L'acte de société, à établir ainsi en un certain nombre d'originaux, et à faire signer par tous les associés, doit explicitement mentionner l'affirmation, quasiment solennelle, que tout le capital a été versé.

Cette déclaration doit être renouvelée chaque fois que la société augmente son capital; en ce cas, elle doit être faite par les gérants en exercice au jour où se réalise définitivement l'augmentation de capital (voir *infra*, n° 84, augmentation de capital, alinéa d.).

Comp. encore *infra*, n° 38 sur la différence qui existe entre une pareille déclaration et la déclaration notariée que l'article premier de la loi de 1867 met à la charge des fondateurs des sociétés anonymes.

La Société est alors constituée.

Tous ceux qui reçoivent de la société nouvelle un mandat, par exemple, le ou les gérants ainsi que les membres du Conseil de surveillance, devront accepter les fonctions qui leur sont dévolues, mais cette acceptation peut être donnée par acte séparé. Elle peut même être tacite<sup>1</sup>. La loi de 1925 ne contient aucune disposition analogue à celle de 1867 en subordonnant la constitution définitive à l'acceptation, par ceux qui en sont investis, du mandat social permettant la représentation de la société et la gérance de ses opérations.

Les associés peuvent ne pas signer eux-mêmes l'acte de société; cet acte sera signé par un mandataire, mais le mandat dont ce mandataire devra exciper sera nécessairement spécial. L'acte constitutif de ce mandat devra être annexé à l'exemplaire destiné à demeurer dans les archives de la Société<sup>2</sup>.

L'acte de société peut encore être établi dans la forme notariée. Dans ce cas, les formalités sont exactement les mêmes, à cette seule différence près que les signatures sont données en présence du notaire et non plus seulement en présence du fondateur.

En pareil cas, les procurations qui auraient été données en vue de la signature de cet acte devront avoir été elles-mêmes établies en la forme authentique. S'il en était autrement, la nullité de la société pourrait en découler et le notaire même serait responsable des conséquences de la nullité, car cette dernière résulterait d'une irrégularité inhérente à l'acte lui-même.

Sitôt l'ensemble de ces signatures données sur tous les originaux qu'il y avait lieu d'établir, la société se trouve constituée, le fondateur n'a plus aucun rôle à jouer; il cède la place aux gérants.

1. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, 158.

2. En ce sens, Pic et Baratin, 158.



Ce sont ces derniers qui représenteront dorénavant l'être moral. Ils auront en premier lieu à faire procéder à toutes les formalités complémentaires de publicité légale qui sont prescrites à fin d'assurer la validité de la société.

**29. Formalités de publicité légale.** — L'article 12 de la loi du 7 mars 1925 ordonne que, *dans le mois de la constitution de la société, une expédition de l'acte constitutif, s'il est notarié, ou un original, s'il est sous seings privés, est déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société.*

Cet article ne fait que reproduire les dispositions contenues dans l'article 55 § 1 de la loi du 24 juillet 1867, dispositions communes à toutes les sociétés autres que les associations en participation <sup>1</sup>.

L'article 13 de la loi du 7 mars 1925 ajoute : *Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte constitutif est publié dans un des journaux pouvant recevoir les annonces légales. Il sera justifié de l'insertion par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. Les formalités prescrites par le présent article et par l'article précédent seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.*

Si la société a plusieurs établissements ou succursales situés dans divers arrondissements, les dépôts prescrits par l'article 12 et l'insertion ordonnée par l'article 13 doivent être effectués dans chacun des arrondissements où existent ces établissements ou succursales. Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement.

La publication par insertion dans le journal d'annonces légales se fait dans des journaux spéciaux dans la Seine, et dans les journaux ordinaires dans les autres départements. On sait que cette différence de traitement entre ces départements provient d'un décret du 28 décembre 1870, signé à Bordeaux et modifiant le décret du 17 février 1852. Ce décret, paru en une période de guerre, alors que Paris était entre les mains des Prussiens, fut publié au *Moniteur*. Et l'on a dit par la suite que ce décret n'était pas applicable au département de la Seine parce que le *Moniteur* où il avait été publié n'avait pu être connu à Paris dans la période de cette publication. Ce curieux raisonnement juridique, contraire aux principes élémentaires en cette matière admis par toute

1. Voir Copper Royer, t. I, n<sup>os</sup> 104 et suivants.

la doctrine<sup>1</sup>, contraire aux principes admis par le législateur lui-même lorsqu'il s'est agi des bénéfices de guerre et des exportations de capitaux en 1916 et en 1918, a été cependant adopté par un arrêt du Conseil d'Etat, injustifiable, du 5 novembre 1926<sup>2</sup>.

Nous ajouterons seulement une observation, spéciale aux sociétés à responsabilité limitée. L'acte de société peut ne pas contenir intrinsèquement la désignation du gérant et son acceptation. Cette désignation peut être établie par acte séparé. Dans ce cas, cet acte séparé doit être lui-même enregistré et déposé dans chacun des greffes. Il en serait de même au cas où la désignation des membres du Conseil de Surveillance aurait aussi été faite par un acte séparé, destiné à faire partie intégrante des actes constitutifs (*infra* n° 90, du Conseil de Surveillance).

Ce sont des originaux qui doivent être déposés, et non pas des copies, quelle que soit l'authentification dont elles pourraient jouir. La question n'a pas une extrême importance pratique lorsque la société connaît, dès le jour de sa constitution, les différents établissements ou les différentes succursales dans lesquels s'exercera son activité, en dehors de son siège social. Les associés savent, dès l'origine de leurs accords, le nombre d'originaux qu'il convient d'établir. Mais une difficulté surgira lorsque la création de la succursale se produit à quelques années d'intervalle. Dans ce cas, aucun original n'a pu être dressé en vue d'un dépôt à faire dans la ville où sera établi cet établissement, que personne ne prévoyait au jour où les signatures ont été données.

Les représentants de la société ne pourront matériellement pas, en semblable occurrence, déposer autre chose que des copies.

On peut encore faire, de l'ensemble des pièces de constitution et de publicité originale, un dépôt notarié, et, ensuite, retirer des expéditions qui peuvent servir pour les dépôts dans les greffes de la ville où est établie la succursale.

Nous voyons donc que cette publicité doit être faite et au siège social et aux lieux où la société a des succursales et établissements pour obéir aux énonciations de l'article 15 de la loi du 7 mars 1925. Il faut penser que le législateur de 1925 attribue à ces mots la même valeur que celui de 1867, qui parlait de succursales et maisons de commerce. Les mots désignent des objets identiques. Les règles doivent être les mêmes. Il faudra donc entendre par succursales ou établissements les entreprises

1. Dalloz, *Rép. Prat. Lois et décrets*, n° 137; Aubry et Rau, t. I, § 26, p. 86, note 6, p. 88, 90 et suiv.; Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, t. I, n° 103 et n° 112; Demolombe, t. I, n° 28; Huc, t. I, n° 39; Planiol, t. I, n° 158.

2. Conseil d'Etat, 5 novembre 1926, D. P. 1927.3.29.

dont les principales qualités seront la stabilité et la régularité d'exploitation, en même temps qu'une certaine indépendance commerciale vis-à-vis du siège social, qui leur permettraient, à la rigueur, de vivre et de réaliser des bénéfices<sup>1</sup>.

Enfin, nous rappelons que l'article 14 précise que *l'extrait doit indiquer que la société est à responsabilité limitée*; cet extrait doit faire connaître en outre : *son objet; les noms des associés; la raison sociale ou la dénomination adoptée par la société et le siège social; les personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la société; le montant du capital social; l'espèce et la valeur des apports en nature; la clause qui attribue des intérêts aux associés même en l'absence de bénéfices dans les termes de l'article 34; l'époque où la société commence, celle où elle doit finir et la date du dépôt aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.*

Cette énumération n'est pas limitative, le principe demeurant que doivent être publiées toutes les clauses susceptibles d'intéresser les tiers appelés éventuellement à contracter avec la société.

La sanction d'une omission grave à ce sujet est l'inopposabilité aux tiers des clauses contractuelles qui n'ont pas été publiées.

Par contre, toute limitation aux pouvoirs des gérants demeure inopposable aux tiers, quelle que soit la publicité légale qui l'ait fait connaître (voir *infra*, n° 68, Fonctions et pouvoirs des gérants. Sur la nomination des membres du Conseil de surveillance, voir *infra*, n° 91).

L'article 16 ajoute aussi que l'extrait doit être signé par le notaire qui a reçu l'acte de société, ou, si l'acte est sous seings privés, par l'un des associés investi à cet égard d'un pouvoir spécial.

Cette disposition, dont l'inutilité pratique est absolue, paraît dépourvue de toute sanction.

Ce qui est exact, c'est que c'est aux gérants de la société, en leur qualité de représentants de l'être moral, à veiller soigneusement au parfait accomplissement de toutes les formalités de publicité légale, de manière à ce qu'aucune nullité ne soit encourue de ce fait. Ces mandataires sociaux auraient à supporter personnellement le poids de leur négligence ou de leur impéritie à cet égard, car le mandat à eux donné par les associés comporte essentiellement l'accomplissement de ces formalités<sup>2</sup>. Toutes les formalités de publicité légale doivent être accomplies

1. Voir Copper Royer, t. I, n° 109 et la jurisprudence citée. — Comp. notamment, Lyon, 1<sup>er</sup> juin 1922, *J. Soc.* 1923.458; Bordeaux, 16 mai 1923, *J. Soc.* 1924.280; Bourges, 7 novembre 1923, *J. Soc. ibid.*; Trib. comm. de Saint-Nazaire, 14 novembre 1923, *J. Soc.* 1924.280. — Comp. pour analogie, Req. 12 juin 1929, *Sem. Jurid.* 1929.964.

2. Sur les responsabilités des mandataires sociaux, par faute directe ou par négligence, voir Copper Royer, t. II, n° 618 et 619.



dans le délai d'un mois. Dans notre pensée, ce délai ne commence à courir que du jour où toutes les fonctions de gérant et de commissaire de surveillance ont été dévolues et acceptées (v. *suprà* n° 90, du Conseil de Surveillance).

**30. Immatriculation au Registre du Commerce.** — L'article 20 de la loi de 1925 ordonne en outre que toute société à responsabilité limitée devra être immatriculée au Registre du Commerce. Le Registre du Commerce a été créé et organisé par la loi du 18 mars 1919 et par le décret du 15 mars 1920. Le Registre du Commerce est un registre tenu par le greffier à chaque Tribunal de Commerce ou à chaque Tribunal civil qui en tient lieu. C'est une nomenclature des commerçants du ressort du tribunal, avec indications sur la situation juridique de leur commerce. C'est une opération de police qui n'est sanctionnée que par une amende en cas d'infraction <sup>1</sup>.

En outre des mentions prescrites par la loi du 18 mars 1919, la déclaration au greffe du tribunal de commerce doit contenir les noms et prénoms des associés, la date et le lieu de leur naissance, la nationalité de chacun d'eux et la date de naturalisation pour ceux qui auraient, au cours de leur vie, changé de nationalité.

Doivent aussi être mentionnés au Registre du Commerce tout changement ou modification se rapportant aux faits dont l'inscription au Registre du Commerce est prescrite. — les noms, prénoms, date et lieu de naissance, ainsi que la nationalité des gérants; — les brevets d'invention exploités et les marques de fabrique ou de commerce employées par la société; les jugements et arrêts prononçant la dissolution ou la nullité de la société; ceux déclarant la société en faillite ou en liquidation judiciaire et tous autres s'y rapportant.

La déclaration au Registre du Commerce doit être établie sur des feuilles spéciales qui sont vendues aux intéressés par le greffier du Tribunal de Commerce. Toute déclaration doit être signée par les gérants de la société à responsabilité limitée, seuls qualifiés pour représenter l'être moral; leur signature doit être légalisée.

Le greffier est en droit de se faire justifier de la régularité de la société. A cet effet, il est généralement produit un exemplaire du journal d'annonces légales où a paru l'extrait visé en l'article 14; cette production est, dans l'usage, considérée comme suffisante.

Une immatriculation réduite doit être faite au greffe du tribunal de l'arrondissement où sont situées des succursales ou agences.

1. Voir Copper Royer, t. I, n° 124 *bis*.

Enfin, toute société doit mentionner dans ses lettres, factures, prospectus et tarifs, le lieu du tribunal de commerce où a été effectuée l'immatriculation et le numéro que porte sur le registre analytique cette immatriculation.

Le législateur a encore envisagé une publicité permanente qui n'est qu'une reproduction, un peu modifiée, de l'article 64 de la loi du 24 juillet 1867. L'article 18 de la loi de 1925 précise en effet que, *dans tous les actes, factures, annonces, publications ou autres documents émanés de la société, la dénomination sociale doit toujours être précédée, ou suivie immédiatement des mots, écrits lisiblement et en toutes lettres « Société à responsabilité limitée » et de l'énonciation du montant du capital social.*

La différence entre l'article 18 de la loi de 1925 et l'article 64 de la loi de 1867 consiste seulement dans les mots *imprimés ou autographiés* qui se trouvent dans la loi de 1867 et qui n'ont pas été reproduits dans la loi de 1925.

Chaque infraction constatée est punissable d'une amende de 50 à 1.000 francs.

Du rapport fait à la Chambre des Députés par M. Manceau, il semble ressortir que les tribunaux devraient apprécier d'autant plus sévèrement l'infraction qui serait commise à l'encontre des prescriptions de cet article 18 que la dénomination donnée à la société à responsabilité limitée comporterait le nom d'un associé ou un nom patronymique susceptible de créer une confusion dans l'esprit du public sur la nature de la société et sur sa solvabilité.

**31. Publicité requise quant aux modifications statutaires et au changement d'associés.** — L'article 17 de la loi de 1925 déclare en outre : *sont soumis aux formalités et aux sanctions prescrites par les articles 12 et 13 tous les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts et tout changement d'associé.*

Ce texte complète la théorie générale du législateur en matière de publicité imposée aux sociétés à responsabilité limitée, et il s'inspire très exactement de l'article 61 de la loi du 24 juillet 1867.

L'article 17 prévoit le cas d'une modification apportée au texte primitif des statuts de l'acte de société. Il renvoie aux articles 12 et 13. L'article 12 ordonne des dépôts dans les greffes. L'article 13 prescrit la publication d'un extrait des statuts dans un journal d'annonces légales. Cet extrait ne doit obligatoirement contenir que celles des clauses statutaires qui peuvent intéresser les tiers et qui peuvent influencer sur les rapports pouvant exister entre la société et ceux qui sont étrangers à la

société et qui, par conséquent, n'ont que ce seul moyen de publicité externe pour se renseigner commodément et rapidement.

Il s'en suit que, pour les sociétés à responsabilité limitée, se fait jour une théorie exactement parallèle à celle qui s'est déjà produite à l'occasion des sociétés anonymes. Tandis que toutes les modifications statutaires, quelles qu'elles soient, devront faire l'objet d'un dépôt dans les greffes, seules devront être portées à la connaissance des tiers celles des modifications statutaires qui sont susceptibles de les intéresser. Seules seront dans ce cas les modifications apportées à l'une quelconque des clauses qui auraient dû figurer dans l'extrait et dont l'article 14 donne l'énonciation essentielle<sup>1</sup>.

Devront donc faire l'objet d'une publicité complète, c'est-à-dire d'une publicité par dépôts dans les greffes (qui doit avoir lieu dans tous les cas) et par insertion dans un journal d'annonces légales, les modifications concernant la forme de la société, — son objet, quelque infime que soit la modification apportée, — sa raison sociale ou sa dénomination; — son siège social; — son capital; — tout ce qui concerne les apports en nature qui peuvent entrer dans la composition de ce capital; — sa durée; — tout ce qui peut concerner la clause exceptionnelle qu'autorise l'article 34 pour les distributions anormales de dividendes en période de non productivité industrielle.

Doivent encore être publiées toutes les modifications apportées à la gérance, et aussi dans la composition des associés.

Ces deux dernières dispositions législatives sont nettement spéciales aux sociétés à responsabilité limitée.

Ainsi donc, sitôt qu'une vente de droits sociaux intervient, transférant à un acquéreur tout ou partie des parts que possédait un premier associé, une double publication doit être effectuée.

Le plus souvent, la mutation sera constatée par le procès-verbal d'une assemblée générale discutant du transfert dont le principe a déjà été débattu et conclu entre les intéressés et acceptant ce transfert de droits sociaux. C'est cette délibération d'assemblée générale, au besoin appuyé par un acte de cession préalablement signé par le cédant et le cessionnaire qui aura à être déposé et à être publié par extrait.

D'une manière très générale, on peut dire qu'il ne faut pas se montrer d'un rigorisme intransigeant en cette matière, que le législateur n'a pas

1. Voir pour la publicité des modifications statutaires en matière de sociétés anonymes, Copper Royer, t. I, n<sup>os</sup> 111 et 116. — Comp. Civ. rej. 2 février 1910, D. P. 1910. 1.525; — Civ. rej. 22 février 1892, D. P. 94.1.147.

Comp. également Lépargneur, 50; Drouets, 182.



méticuleusement réglée, et que la double publication de tout document qui fera manifestement connaître le changement qui est intervenu dans les associés de la société sera suffisante.

Toutes ces modifications, qu'elles portent sur la personne de certains associés ou qu'elles portent sur un texte des statuts, doivent encore faire l'objet d'une inscription modificatrice au Registre du Commerce.

**32. Sanctions des règles concernant la constitution même de la société.** — Les sanctions attachées par le législateur de 1925 aux règles par lui édictées à raison de la constitution même des sociétés à responsabilité limitée doivent se diviser en trois groupes :

Celui des nullités,

Celui des responsabilités pécuniaires,

Celui des responsabilités pénales.

**33. Nullités.** — L'article 9 est ainsi rédigé : *Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société à responsabilité limitée constituée contrairement aux prescriptions des articles 2, 4, 5, 6, 7 et 8.*

L'article 13, troisième alinéa, dit que *les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.*

Ce dernier texte ne se rapporte qu'aux formalités de publicité légale.

Nous rappelons que l'article 2 interdit aux sociétés à responsabilité limitée d'avoir pour objet une entreprise d'assurances, de capitalisation ou d'épargne.

La nullité qui résulterait d'une infraction à cette disposition serait une nullité absolue, car la société serait fondée sur un objet que la loi elle-même déclare illicite. La nullité encourue remonterait ainsi à l'article 1131 du Code civil <sup>1</sup>.

L'article 4 contient diverses dispositions. Il commence par déclarer que toute société à responsabilité limitée doit être constatée par un acte, que cet acte soit passé par devant notaire ou qu'il soit rédigé sous seings privés. L'essentiel est qu'il soit fait un acte écrit. Une société à responsabilité limitée ne peut résulter de consentements verbaux.

La nullité qui résulterait d'une absence d'acte écrit serait du reste double. Il y aurait nullité par application de l'article 9. Et il y aurait

1. Comp. ce que nous disons plus haut, n° 15, des nullités, de leur classification et de leurs différents effets. — Comp. au même paragraphe ce que nous disons du caractère parasitaire de la notion d'ordre public qui s'attache à certaines nullités.

aussi nullité par application de l'article 13, § 3, parce qu'une société qui n'a pas été matérialisée par un acte écrit est forcément une société occulte qui n'a satisfait à aucune des prescriptions de la loi sur la publicité ordonnée pour toutes les sociétés. Cette dernière nullité est plus stricte, quant à ses effets, que toute autre nullité, puisqu'elle n'est pas couverte par la prescription décennale.

L'article 4 ajoute que l'acte écrit que les parties doivent nécessairement passer, doit, s'il est sous seings privés, être dressé en autant d'originaux qu'il est nécessaire pour que l'un reste déposé au siège social et que les autres servent pour l'accomplissement des diverses formalités requises. Nous nous sommes expliqués sur cette obligation, *suprà*, n° 6, actes de société et n° 28, formalités de constitution.

La nullité encourue sera, en pareil cas, très différente selon que le nombre d'originaux aura été, ou non, suffisant pour que puissent être effectués les dépôts dans les greffes. Si ces dépôts n'ont pu être effectués, la société est clandestine et la nullité encourue est une nullité de l'ordre de celles qui atteignent les sociétés non régulièrement publiées.

Si le nombre des originaux créés entre les parties était suffisant pour que les dépôts puissent être faits, de telle sorte que la société n'encourt aucune irrégularité fondée sur l'article 12 ou l'article 13, tout en demeurant insuffisant pour qu'un exemplaire reste déposé au siège social, la nullité de la société devra encore être reconnue, par une application rigoureuse des termes employés par le législateur dans la rédaction de l'article 9.

Nous examinerons plus loin la question de savoir si cette nullité peut être couverte par une exécution tardive, c'est-à-dire par la confection, après coup, d'un original qui, signé de toutes les parties, sera enregistré par duplicata et déposé au siège social.

Ce dépôt au siège social ne présente pas, à notre avis, un caractère rigoureux, car les parties peuvent faire, de l'ensemble des pièces justifiant de la constitution de leur société, un dépôt chez un notaire; dans cet ensemble seront compris les reçus de dépôts faits dans les greffes, l'exemplaire enregistré et légalisé du journal d'annonces légales et l'original des statuts dont l'article 4, alinéa 2, prévoit la confection.

Il faut, semble-t-il, d'autant plus en décider ainsi que, comme le font, à juste titre, remarquer MM. Pic et Baratin, n° 199, la loi de 1925 n'a pas reproduit la disposition de l'article 63 de la loi du 24 juillet 1867, d'après laquelle toute personne peut exiger qu'il lui soit délivré au siège de la société, une copie certifiée des statuts, et d'après laquelle encore les

pièces déposées doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la société.

Enfin, les originaux de l'acte de société peuvent avoir été établis en un nombre insuffisant pour que, tous prélèvements faits pour les dépôts, l'enregistrement et le siège social, il en reste assez pour que chacune des parties en conserve un exemplaire. Dans ce cas, la nullité ordonnée par l'article 9 de la loi de 1925 ne sera pas encourue, parce qu'il n'y aura pas, à proprement parler, infraction à l'article 4, mais seulement infraction à l'article 1325 du Code civil, infraction qui n'existe peut-être pas, parce qu'on peut admettre à la rigueur que tous les associés ont un intérêt identique et que l'acte de société peut en pareil cas se recommander du deuxième alinéa de cet article 1325.

L'alinéa 3 de l'article 4 ordonne que cet acte écrit relatant les clauses essentielles du contrat de société soit signé de tous les associés, lesquels doivent intervenir en personne ou par des mandataires justifiant d'un pouvoir spécial.

L'irrégularité en ce cas peut provenir de ce que l'acte de société n'aurait pas été signé par tous les associés auxquels des parts sociales ont été attribuées dans l'acte; elle peut encore résulter de ce que, dans l'acte, la signature de certains associés a été donnée, pour eux, par des mandataires ne justifiant pas d'un pouvoir *spécial*. Dans un cas comme dans l'autre, on ne peut guère comprendre la nullité encourue que comme une nullité toute relative, et ce, quelles que soient les expressions rigoureuses employées par le législateur dans l'article 9.

Aux termes de l'article 1338 du Code civil, un acte de confirmation ou de ratification peut intervenir sous la condition que, dans cet acte confirmatif, se retrouvent énoncés la substance de l'obligation primitive, le motif de l'action en nullité ou en rescision qui demeurerait possible, et la volonté de réparer le vice sur lequel cette action en nullité aurait été fondée.

L'associé dont la signature serait reconnue manquante pourrait toujours faire un acte récognitif rentrant dans le cadre des actes prévus par l'article 1338.

Quant au défaut de procuration spéciale attribuée au mandataire qui aura signé l'acte de société pour le compte d'un associé absent, la cause de nullité disparaîtra lorsque le mandant aura donné à l'acte fait par le mandataire une ratification que l'article 1998 § 2 déclare pouvoir être expresse ou tacite.

Les actes récognitifs donnés par l'associé qui n'aurait pas signé du tout et qui signerait après coup un acte établi en conformité avec les



règles de l'article 1338 § 1, ou l'acte par lequel l'associé déclarerait ratifier expressément le mandat spontanément effectué par un mandataire ne justifiant pas d'un mandat spécial, devront être enregistrés, déposés dans les greffes et publiés pour extrait dans le mois de leur date.

Aux termes de l'article 1998 § 2, la ratification du mandant peut être tacite. Si certains faits justifiant d'une ratification tacite sont clairement relevés, et si, pour une cause quelconque, la signature du mandant ne peut être obtenue dans un acte comportant ratification expresse, les autres associés devront tenir une assemblée générale et constater la matérialité des faits; ils constateront du même coup que la ratification tacite dont parle l'article 1998 § 2 est dûment intervenue. Le procès-verbal de cette assemblée générale sera signé par tous les associés qui y auront pris part; il sera établi en un nombre d'exemplaires correspondant aux prescriptions de l'alinéa 2 de l'article 4. Les représentants légaux de la société à responsabilité limitée feront enregistrer ces divers exemplaires, en déposeront un en chacun des greffes, en conserveront un au siège social; un extrait du procès-verbal de l'assemblée devra être publié dans un journal d'annonces légales.

L'article 4, en son quatrième alinéa, interdit à une société à responsabilité d'émettre, *pour son propre compte*, par souscription publique, des valeurs mobilières quelconques. Par valeur mobilière, il faut entendre des titres négociables par transfert, par endos ou par tradition. Un acte de cette nature est du reste frappé de sanctions pénales par l'alinéa 2 de l'article 37. La nullité encourue pourrait donc être considérée comme une nullité absolue, comme se rapportant à une opération dont la cause est illicite.

L'article 5 est visé par l'article 9. On peut se demander pourquoi. L'article 5 est celui qui dit que le nombre des associés n'est pas limité et qu'il peut être de deux seulement. Pour qu'une notion de nullité puisse intervenir à l'occasion de cet article 5, il faut donc supposer que la société se serait constituée avec un seul associé. La nullité qui résulterait, dans cette hypothèse peu croyable, si ce n'est en cas de simulation bien démontrée, ne prendrait pas tant sa force destructive dans la loi de 1925 que, plutôt, dans l'article 1832 du Code civil. La nullité aurait, en pareil cas, un caractère générique, car il y aurait infraction à l'encontre des règles générales propres à tout contrat de société, et non pas infraction à l'encontre des règles spéciales qui sont propres aux sociétés constituées sous la formule déterminée des sociétés à responsabilité limitée.

L'article 6 dit, dans son premier alinéa, que le capital social doit être

de 25.000 francs au moins, et qu'il ne peut être réduit au-dessous de ce chiffre.

La société constituée avec un capital officiellement inférieur à 25.000 francs serait nulle. La nullité serait *relative*, au sens où nous avons pris ce mot, *suprà*, n° 15, en l'opposant aux nullités absolues. La nullité est relative parce qu'elle ne se heurte pas à une des conditions d'existence de l'acte juridique, mais seulement à une des conditions imposées par la loi pour sa validité, à un des supports de l'acte juridique.

Nous nous sommes expliqués, *suprà*, n° 15, sur les conséquences possibles d'une nullité relative. Nous n'y reviendrons pas ici.

Nous examinerons plus loin la question de savoir si la nullité originellement encourue peut être couverte, notamment par un versement complémentaire que feraient les associés, ou par le fait d'une augmentation de capital, cette opération ayant pour résultat pratique de porter le capital social à une somme supérieure à 25.000 francs.

Quand le législateur dit que le capital ne peut être réduit au-dessous de 25.000 francs, la prohibition qu'il ordonne ne peut s'entendre que d'un acte volontaire des associés, lesquels, en assemblée générale, voteraient une réduction officielle du capital statutaire. L'hypothèse d'une réduction qui s'opère en fait, et comme conséquence d'une perte essuyée au cours de l'exploitation des affaires sociales, demeure en dehors des règles posées par le législateur de 1925. Il ne faut pas confondre l'avoir social et le capital social <sup>1</sup>.

L'article 6 ajoute, en son deuxième alinéa, que les parts divisant le capital social doivent être de 100 francs ou de multiples de 100 francs.

La société à responsabilité limitée qui se constituerait en divisant son capital en parts d'une valeur nominale inférieure à 100 francs serait donc entachée de nullité.

Cette nullité serait assurément une nullité relative, car elle s'attache une condition de validité de l'acte juridique et non à une condition d'existence.

Quant à la nullité sociale qui résulterait de ce que les associés auraient divisé le capital social en parts d'une valeur nominale supérieure à 100 francs, mais non divisible exactement par 100, — en leur donnant par exemple une valeur de 250 francs, — on comprend assez mal qu'elle puisse être ordonnée, et on comprendrait encore moins que la société qui se verrait reprocher ce péché, somme toute bien véniel, soit *nulle et de*

1. Voir *suprà*, n° 22, Du capital et des parts divisant ce capital, Comp. en ce sens, Pic et Baratin, 159.

*nul effet*, comme s'exprime l'article 9 avec une exagération de langage qui est particulièrement regrettable.

On ne comprendrait encore qu'assez mal qu'une nullité de cet ordre ne puisse être couverte par une modification apportée après coup à l'acte de société et comportant suppression de la cause de nullité.

Quant aux articles 7 et 8, ils se rapportent au capital de la société à responsabilité limitée, à la formation de ce capital, et à son intégrité, toutes choses qui ont été au premier plan des préoccupations du législateur.

Dans son premier alinéa, l'article 7 dit que les sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés dans l'acte de société et qu'elles ont été libérées intégralement.

Une société à responsabilité limitée serait donc entachée de nullité si les associés la déclaraient définitivement constituée et la faisaient effectivement fonctionner, alors que son capital n'aurait pas été intégralement souscrit, ou encore que son capital, dûment souscrit, n'aurait été qu'incomplètement libéré au moment de la constitution.

La nullité encourue de ce chef est une nullité relative, comme se rapportant à une des conditions de validité de l'acte juridique. Cependant, cette nullité est aggravée par une notion d'ordre public, laquelle, à notre avis, aura surtout pour effet de permettre à un juge de la déclarer encourue, alors que ni l'une ni l'autre des parties litigieuses n'en aurait excipé<sup>1</sup>. Mais la notion d'ordre public est, suivant nous, une notion parasitaire qui peut aggraver les conséquences d'une nullité, mais qui n'en change pas la nature intrinsèque. La nullité qui n'est intrinsèquement qu'une nullité relative continue à produire en principe tous les effets et à subir toutes les règles propres aux nullités relatives, alors même que la cause de cette nullité remonte à un texte qui touche à l'ordre public, en ce sens que la loi ne laisse pas aux parties la faculté d'en décider autrement qu'elle ne l'ordonne. De telle sorte que les parties ne peuvent plus exciper de l'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil pour dire que les conventions contractuelles font la loi des parties.

Toute nullité relative est essentiellement susceptible de ratification,

1. Comp. ce que nous disons, *suprà*, 15 sur cette question de nullité. — Comp. au contraire la doctrine de M. Pic (*Sociétés commerciales*, I, 283; Dalloz, Rép. prat. *verbo* Société, 2635; Pic et Baratin, 214) qui voit dans une nullité d'ordre public une nullité analogue à une nullité *absolue*, fondée sur un objet illicite. L'acte entaché d'une semblable nullité serait donc réputé inexistant, ce qui est une conséquence peu admissible.



au sens de l'article 1338 du Code civil. Il y a là un point extrêmement important pour la vie des sociétés à responsabilité limitée et sur lequel nous aurons à revenir incessamment.

Le deuxième alinéa de l'article 7 dit que les parts sociales correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent toujours être entièrement libérées au moment de la constitution de la société. Il y a là une clause qui paraît faire double emploi avec celle contenue au premier alinéa. Du moment que *toutes* les parts doivent être, dès l'origine, entièrement libérées, on ne comprend qu'assez mal pourquoi le législateur a senti le besoin de dire, à l'alinéa qui suit immédiatement, que les parts correspondant à des apports en nature doivent, elles aussi, être intégralement libérées.

Enfin, le troisième alinéa de l'article 7 comprend une clause qui se rapporte à une condition de pure forme, qui paraît avoir un caractère substantiel, mais qu'on ne peut considérer que comme très anormale, étant donné le caractère toujours consensuel et intellectuel de notre droit français. Cet alinéa 3 dit que *les fondateurs doivent déclarer expressément dans l'acte de société que ces conditions sont remplies* (souscription et libération intégrales du capital).

Il semble résulter du mot *expressément* employé par le législateur, que la nullité serait encourue alors même que, en fait, la souscription du capital aurait été entière, que le versement des fonds aurait été intégral. Il suffirait que l'acte de société ne comprenne pas la matérialité d'une affirmation à laquelle le législateur aurait attaché un caractère particulièrement anormal, puisqu'il faut surtout remonter aux règles du droit romain préhistorique pour en trouver l'équivalent.

Cela paraît rigoureux. Mais cette inexplicable rigueur paraît résulter des expressions mêmes qu'a employées le législateur, sans doute sans bien comprendre ce qu'il faisait <sup>1</sup>.

Quant à l'article 8, il ne comprend qu'une clause susceptible de donner ouverture à une action judiciaire en nullité. C'est la première phrase du premier alinéa : *L'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature.*

Il y a encore là une condition de forme, mais on en comprend davantage la raison d'être. La volonté du législateur est une volonté protectrice. Cette volonté protectrice couvre surtout les tiers. Par ce premier alinéa de l'article 8, le législateur a voulu que les tiers puissent être

1. Voir *suprà*, n° 1, Historique.

immédiatement renseignés, sinon sur la composition même du capital social, au moins sur la proportion d'espèces rentrant dans la composition du capital statutairement annoncé (voir *suprà*, n° 10, Apports en nature).

**34. Effets d'une disparition de la cause d'une nullité.** — Une question fort délicate se pose à l'occasion de ces diverses causes de nullité. Il n'est pas contestable que l'article 9 de la loi de 1925 a une ressemblance absolue avec l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867 ainsi encore qu'avec l'article 41 de la même loi.

Mais l'article 7 de la loi du 24 juillet 1867 est immédiatement suivi d'un article 8 dont les alinéas 3, 4 et 5 sont le résultat de la loi du 1<sup>er</sup> août 1893. Suivant l'article 8, toute action en nullité n'est plus recevable lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de la nullité a cessé d'exister.

Cette loi de 1893 fut d'un intérêt pratique considérable. Elle a d'abord fixé le caractère de la nullité sociale. On soutenait volontiers autrefois que la nullité sociale revêtait un caractère d'ordre public. Les auteurs et la jurisprudence étaient tous en ce sens <sup>1</sup>.

Et l'on en tirait notamment ces conclusions qu'aucune ratification ne pouvait intervenir, qu'aucune prescription ne pouvait empêcher de les invoquer. Conséquences extrêmes. Injustices criantes. La loi de 1893 ne vient pas dire que la nullité sociale n'est pas d'ordre public. Par conséquent l'on peut dire encore si l'on veut que la nullité sociale est d'ordre public <sup>2</sup>. Mais, au fond, cela n'a plus aucune importance pratique. S'il y a ordre public, il faut bien reconnaître que cet ordre public est celui de la dernière catégorie de cette notion vague. En effet, les parties peuvent elles-mêmes couvrir la nullité en accomplissant régulièrement la formalité antérieurement irrégulière d'une part, et, d'autre part, la nullité ne peut être prononcée judiciairement que si elle fut formellement demandée <sup>3</sup>. C'est pour cela que certains auteurs déclarent que ces nullités sociales ne sont pas d'ordre public, justement parce qu'elles n'entraînent pas les conséquences que cette notion doit comporter <sup>4</sup>. D'autant plus

1. Lyon-Caen et Renault, n° 783; Houpin, n° 557; Arthuys, t. I, n° 373; Goirand, n° 370; Vavasseur, t. I, n° 600. — Comp. notamment Civ. cass. 10 février 1879, D. P. 79.1.265; Lyon, 11 août 1882, D. P. 83.2.21; Paris, 29 mai 1884, D. P. 86.2.177; Paris, 29 juin 1891, et Req. 19 octobre 1892, D. P. 92.1.593.

2. Req. 20 décembre 1911, *J. Soc.* 1912.343; Paris, 1<sup>er</sup> juin 1904, *J. Soc.* 1905.397. — Comp. Thaller et Pic, 2.979.

3. En ce sens, Douai, 15 novembre 1900, *J. Soc.* 1901.302.

4. Comp. Copper Royer, t. I, n° 128; Hémard, p. 240 et 241. — Comp. également, l'arrêt très significatif de la Cour d'Appel de Paris du 12 mai 1926, *D. H.* 1926.352,

d'ailleurs, insistons sur ce point, que la régularisation de la société tachée couvre automatiquement la nullité qui pouvait être prononcée contre cette société.

Malheureusement, aucune disposition analogue ne se retrouve dans la loi de 1925; on retrouve seulement dans les articles 8, dernier alinéa, et 10, dernier alinéa, cette indication que les actions judiciaires, en nullité ou en responsabilité, se prescrivent par dix ans.

Nous avons indiqué, par ailleurs, *suprà*, n° 15, les caractères de cette prescription de dix ans; ajoutons qu'elle se fonde sur une notion législative de ratification tacite.

Le fait que le législateur de 1925 n'a pas reproduit les alinéas 4 et 5 de l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867 donne invinciblement à penser que la régularisation automatique que permet la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 pour les sociétés anonymes ne peut être invoquée quand il s'agit d'une société à responsabilité limitée. Il y a peut-être là un oubli du législateur; il y a peut-être là une intention, laquelle pourrait alors être plus ou moins sévèrement appréciée. Les travaux parlementaires ne renseignent pas sur ce point spécial. Et, en fait, aucune des personnes qui ont collaboré à la formation de la loi de 1925 ne paraît avoir apporté la moindre attention à cette question, d'ordre considérable pourtant.

Il faudrait donc en tirer cette conséquence que la nullité d'une société à responsabilité limitée peut, pendant dix ans, être judiciairement demandée à raison d'une vice ayant entaché la constitution de cette société, alors même que ce vice aurait disparu entre temps et que l'état de choses irrégulier qu'il avait été, pendant un temps, possible de constater, antérieurement à la demande en justice, fait place à un état de choses régulier <sup>1</sup>.

Une semblable conséquence est pratiquement inadmissible. Elle est pratiquement inadmissible parce que l'intention formelle du législateur a toujours été, en créant les sociétés à responsabilité limitée, de permettre un organisme plus souple, plus facile, moins compliqué, que ne le sont les sociétés anonymes, principalement parce que les sociétés à responsabilité limitée doivent être, dans la pensée du législateur, des entreprises familiales et qu'il convient d'écarter d'elles toutes les difficultés, tout le formalisme des sociétés anonymes. Cette pensée résulte bien clairement de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 mars 1925.

1. Comp. en ce sens Lépargneur, 17; Pic et Baratin, 221; Drouets, 132; Auger et Michel, 10; Piot, 23.

Comp. toutefois, Houpin et Bosviéux, n° 1578, lesquels tendent, un peu confusément, vers une solution contraire.



Dès lors, le geste du juriste pur qui interprète d'une manière farouche l'œuvre souvent déplorablement hâtive d'un législateur souvent déplorablement peu averti, sans tenir compte des évidentes intentions de ce même législateur, est un geste juridique, mais inélégant <sup>1</sup>.

Cette même conséquence est pratiquement inadmissible parce que l'article 9 prononce uniformément une nullité d'apparence rigoureuse et formelle contre des faits intrinsèquement très dissemblables. Le fait que le capital social est divisé en parts d'une valeur nominale qui excède bien le minimum légal de 100 francs, mais qui n'est pas un multiple de 100 est un fait en lui-même neutre et indifférent, mais qui tombe tout de même sous le coup de l'article 9.

Le fait qu'un mandataire ne justifiant pas d'une procuration *spéciale* a signé l'acte de société pour un associé absent tombe sous le coup de l'article 9. La nullité existe. Et cependant cette nullité disparaîtra lorsque le mandant aura ratifié l'acte fait par son représentant insuffisamment mandaté. C'est l'article 1998 du Code civil qui le proclame.

Il est donc évident que la conséquence que la plupart des auteurs tirent de ce fait que la loi de 1925 ne contient aucune disposition analogue aux alinéas 3 et 4 de l'article 8 de la loi de 1867 est une conséquence pratiquement inadmissible.

Aussi un éminent juriste, dont les directives se recommandent souvent de conceptions pratiques, a-t-il soutenu que l'article 8 de la loi de 1867 était de plein droit applicable aux sociétés à responsabilité limitée <sup>2</sup>.

Nous ne pensons pas que cette solution soit « purement arbitraire » comme l'ont dit, sans aucune aménité, certains auteurs <sup>3</sup>, mais il convient d'en rappeler l'explication juridique.

Cette explication juridique peut être donnée par les principes généraux du droit en matière de nullité.

Déjà nous nous sommes expliqués sur ce point, *suprà*, n° 15.

1. C'est bien là ce que disent, en un autre passage de leur *Traité*, n° 273, MM. Pic et Baratin : *Nous ne voulons pas tenter une analyse serrée de certains textes de la loi de 1925, car on arrive bien souvent par cette méthode, lorsqu'elle est trop rigoureuse, à des conclusions diamétralement opposées à la volonté véritable du législateur, telle qu'elle apparaît dans l'ensemble du texte.*

Au fond, cette phrase, qui constate que, à vouloir étudier à fond un texte législatif, on s'aperçoit que le législateur a souvent exprimé une idée contraire à celle qu'il avait la volonté de préconiser, peut être présentée comme un prototype admirable d'insolente politesse.

2. Hémard, *Nullités*, p. 663.

3. Houpin et Bosvieux, n° 1578, note 3.

Rappelons seulement que les nullités se divisent en deux grandes familles, et en deux grandes familles seulement : la famille des nullités *absolues*, la famille des nullités *relatives*. Les nullités *absolues* sont celles qui ont à leur origine un vice affectant l'existence même de l'acte juridique.

Les nullités *relatives* sont celles qui ont à leur origine un vice affectant l'une quelconque des conditions de validité imposées par le législateur pour la perfection de l'acte, un vice affectant un support de l'acte.

Les nullités *absolues* aboutissent à une inexistence; le juge ne peut qu'en constater l'exactitude; il peut le faire spontanément et en dehors d'une demande expresse des parties litigieuses; la constatation de cette nullité aura un effet rétroactif, car il est en dehors des possibilités données aux parties contractantes d'attribuer une certaine existence, — fût-elle temporaire, — à un acte juridique que la loi déclare inexistant.

Les nullités *relatives* ont des effets très différents; elles ne provoquent qu'une annulabilité; le juge déclarera l'annulation de l'acte, il n'en constatera pas l'inexistence; il ne peut pas la déclarer d'office; cette nullité doit être demandée par l'une des personnes en faveur desquelles la loi l'édicte; le prononcé de l'annulation n'a aucun effet rétroactif; enfin, et surtout, l'acte annulable peut acquérir définitivement droit à la vie par une confirmation intervenant dans les conditions de fait qu'impose l'article 1338 du Code civil, ou par l'effet de la prescription décennale, celle-ci n'étant au surplus qu'une présomption légale de volonté ratificatrice.

Ce sur quoi il faut bien insister, c'est que l'existence de l'acte entaché d'une nullité relative reste toujours dans la volonté des parties qui l'ont fait, tout en le faisant mal.

Cet acte entaché d'une nullité relative, mais toujours susceptible d'une confirmation, ne sort, à proprement parler, de la volonté des parties que lorsque une action judiciaire en nullité, qu'il serait plus exact de dénommer action judiciaire en annulation, a commencé à être portée devant la justice.

Quant à la notion d'ordre public appliquée à une nullité, il ne faut pas s'y attacher. Cette notion est parasitaire. Elle ne donne pas à une nullité un caractère différent de son caractère intrinsèque. Elle aggrave seulement certaines de ses conséquences naturelles.

Les nullités cataloguées d'ordre public sont extrêmement fréquentes. Mais la notion d'ordre public appliquée à une nullité *relative* n'en fait pas *ipso facto* une nullité *absolue*, comme beaucoup de personnes le

pensent communément, par une conception très fausse et irraisonnée. La nullité *relative* reste une nullité *relative*, spécialement une nullité susceptible de confirmation et prescriptible par dix ans, les deux caractéristiques étant inséparables.

Seulement, la nullité *relative* à laquelle vient s'attacher une notion d'ordre public est une nullité qui peut être ordonnée d'office par le juge, demandée judiciairement par tout intéressé, et à la proclamation de laquelle aucune entrave contractuelle ne peut être préventivement apportée par les parties elles-mêmes.

Tous ces principes rappelés et soulignés, il est aisé de comprendre que les nullités visées en l'article 9 peuvent disparaître du fait d'un acte confirmatif, par une simple application des règles générales et sans recourir à la loi du 1<sup>er</sup> août 1893.

Il suffit de recourir à l'article 1338.

Il faut interpréter les textes législatifs avec une certaine compréhension et une certaine hauteur de vues.

Toute nullité relative a très généralement pour origine une idée de protection.

En matière de société, la notion protectrice s'étend soit vers les associés eux-mêmes, soit principalement vers les tiers.

Si le législateur tient à ce que certaines prescriptions soient ponctuellement observées, c'est en vertu d'une idée générale de protection, pour que les tiers ne soient ni trompés ni lésés, pour qu'entre les associés eux-mêmes aucun dol ne se produise.

C'est de cette notion de protection que procède directement l'article 1338 du Code civil.

Ce texte déclare essentiellement que la nullité relative dont un acte juridique peut être infecté cesse de pouvoir être invoquée en justice lorsque la cause de nullité a disparu du fait d'un acte confirmatif émanant de la personne que la loi a entendu protéger.

L'article 1338 va plus loin : la cause de nullité cesse de pouvoir être invoquée lorsque la confirmation de l'acte annulable résulte d'une exécution volontaire, réalisée en pleine connaissance de cause.

Sans doute, le législateur de 1804 a, en édictant l'article 1338, eu principalement en vue les actes faits par un mineur ou par un incapable; mais il n'en est pas moins vrai que l'article 1338 a une portée générale et comporte des principes qui peuvent d'autant plus facilement recevoir de multiples applications que l'idée directrice de protection qui est à la base de ce texte éclaire d'une lumière très vive tout débat interprétatif.

Si on applique cet article 1338 aux nullités relatives encourues en



matière de sociétés, et spécialement en matière de sociétés à responsabilité limitée, on voit que le législateur a principalement ordonné les dispositions sanctionnées par l'article 9 dans un but de protection, cette protection s'étendant soit sur les associés eux-mêmes, soit sur les tiers.

En tous cas, ce sont les associés qui doivent obéir à ces dispositions légales et conformer tous leurs actes à ce qu'ordonne la loi, et ce pour que les tiers ne subissent aucun mécompte.

Qui encourra la responsabilité pécuniaire résultant d'une déclaration de nullité? Chacun des associés. Ce sont donc les associés qui, pris dans leur masse, ou pris individuellement, ont intérêt à ce que les opérations de leur société soient régulières, et c'est également eux qui ont intérêt à confirmer ou à ratifier celles de ces opérations qu'ils pourraient, par la suite, eux-mêmes arguer de nullité.

Si, donc, intervient, de la part de ces mêmes associés, un acte de confirmation, personne ne peut plus invoquer la nullité originellement encourue et présentement couverte. Aucun des associés ne peut plus fonder une action judiciaire sur cette nullité disparue, puisqu'ils ont précédemment concouru à un acte confirmatif. L'alinéa 3 de l'article 1338 dit bien que la confirmation, ratification, ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte.

L'article 1338 réserve les droits des tiers.

Mais, très généralement, les tiers ne pourront plus former aucune instance judiciaire qui puisse être reconnue recevable.

Les tiers, pour pouvoir former une instance judiciaire en nullité, doivent justifier d'un intérêt. Cet intérêt doit être pécuniaire et doit consister dans la démonstration d'une situation meilleure obtenue du fait du jugement d'annulation (comp. *suprà*, n° 13 et 16). Or, si la cause de nullité a disparu du fait d'une substitution, par les associés, d'un état de choses régulier à l'état primitif, les tiers ne peuvent plus justifier d'aucun intérêt pécuniaire; ils ne peuvent plus démontrer que leur situation deviendra pécuniairement meilleure.

Si, par exemple, certaines parts n'ont pas été intégralement libérées, et si elles le sont par la suite, la caisse sociale a bien reçu tout ce qu'elle devait recevoir, la solvabilité de la société, originellement insuffisante, est devenue ce qu'elle devait être; les tiers ne peuvent plus réclamer; aute d'intérêt.

Ce qui est vrai, c'est que la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 a créé certaines facilités spéciales; la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 rentre essentiellement dans le

cadre de l'article 1338, mais elle déborde du cadre. Elle en sort sur deux points : la confirmation de l'acte annulable peut être tacite, et cela existe bien sous le seul régime de l'article 1338, mais cette confirmation n'a même pas besoin d'être effectuée en pleine connaissance de cause, et, en cela, la loi de 1893 dépasse l'article 1338. En second lieu, une facilité particulière est donnée en ce que la simple convocation d'une assemblée générale destinée à couvrir la nullité suffit pour arrêter toute action judiciaire en nullité.

Là sont les deux seuls points originaux de la loi de 1893. On peut les refuser aux sociétés à responsabilité limitée.

Mais on ne peut leur refuser le bénéfice de l'article 1338, et on ne peut méconnaître que la disparition de la cause de nullité, par l'effet d'un acte ou d'une exécution passé en pleine connaissance de cause, arrêtera toute instance en nullité, comme l'arrêterait la constatation du complet accomplissement du délai de prescription. Les associés ne peuvent agir en exécution de l'alinéa 3 de l'article 1338. Les tiers sont irrecevables faute d'intérêt <sup>1</sup>.

**35. Actions sociales et actions individuelles.** — L'action sociale diffère de l'action individuelle par sa cause et par ses effets <sup>2</sup>; la cause d'une action sociale résidant en un fait que tous les associés pourraient invoquer, et les résultats d'une action sociale étant des résultats qui ne peuvent se produire que d'une manière égale pour tous les associés, au prorata de leurs droits sociaux.

Au contraire, l'action individuelle est celle qui puise sa cause dans un fait dont un associé peut se prévaloir, mais dont certains autres associés ne peuvent se prévaloir, et qui aura pour résultat de faire attribuer au demandeur une somme d'argent ou un avantage qui lui restera personnellement acquis.

L'action sociale peut être statutairement réglementée par l'effet d'une volonté collective qui n'est, somme toute, qu'un faisceau de volontés individuelles.

Mais c'est ici qu'intervient la notion d'ordre public appliquée à

1. La jurisprudence, encore fragmentaire, paraît bien s'affirmer en ce sens. Comp. Riom, 22 novembre 1928, D. P. 1930.2.121; Trib. comm. Toulouse, 19 décembre 1929, *ibidem*. — Il s'agissait en l'occurrence de biens apportés en nature et stipulés francs et quittes de toutes charges. Des charges hypothécaires se révèlent. L'apporteur n'apporte pas la radiation. Finalement, certains associés paient pour lui. Assurément, il y a eu nullité. Mais celle-ci fut couverte grâce au geste des associés payant par intervention. La société fut arguée de nullité, mais les juges la proclamèrent valable.

2. Comp. Copper Royer, t. I, n<sup>os</sup> 146 et suivants.

certains faits, générateurs d'une action judiciaire possible. Et la jurisprudence a souvent admis, par des décisions qui sont parfois empreintes d'un incontestable esprit d'arbitraire, que la justice devait toujours pouvoir librement connaître de faits auxquels s'attachait plus ou moins clairement une notion d'ordre public.

Toute réglementation contractuelle ne pourrait donc faire échec au droit que possède un associé, pris isolément, de déférer à la justice des faits qui s'analysent comme une infraction commise à l'encontre d'une disposition légale touchant à l'ordre public.

Une action judiciaire en nullité, fondée sur une application quelconque de l'article 9 sera donc, dans son principe, une action sociale.

La loi de 1925 ne comporte aucune restriction quant à l'exercice d'une action de cette nature. Tout associé peut donc, en principe, l'exercer. Il n'en pourrait être empêché que par une clause contractuelle des statuts. Mais nous venons d'expliquer la répugnance que manifeste souvent la jurisprudence à admettre, soit l'opposabilité, soit même la licéité de clauses de cet ordre.

Des distinctions, parfois assez subtiles, peuvent être faites au sujet des effets d'une instance judiciaire en nullité<sup>1</sup>. Si l'action est véritablement une action sociale, ses effets sont, en général, considérés par la jurisprudence comme absolus et comme s'appliquant à tous les associés, quelle que soit la décision qui intervienne.

La jurisprudence qui s'est manifestée en ce sens a surtout porté sur des actions judiciaires en responsabilité.

En doctrine, on distingue ordinairement suivant que la décision intervenue a repoussé la demande en nullité, — et, dans ce cas, cette décision judiciaire n'est pas opposable à un autre demandeur qui produit de nouveaux arguments, ou, même, qui se contente de reproduire ceux déjà présentés par le précédent demandeur, — et suivant que la décision intervenue déclare fondée la demande en nullité et déclare en conséquence la société, ou l'acte déféré à l'appréciation de la Justice, entachée de nullité.

Nous ne méconnaissons pas le caractère pratique de cette discrimination qui, en théorie au moins, prête à de graves objections. En théorie au moins, il est infiniment plus exact de distinguer les actions sociales et les actions individuelles. Les actions sociales ont un effet absolu, en quelque sens que la décision intervienne. Les actions individuelles ne peuvent jamais avoir qu'un effet relatif, en exécution de l'article 1351

1. Voir Copper Royer, t. I, n° 143.



du Code civil; lorsqu'elles sont repoussées, elles ne peuvent servir de palladium à l'encontre d'une autre instance formulée à raison des mêmes faits et des mêmes arguments, mais formulée par un autre demandeur; lorsqu'elles sont accueillies, elles ne créent qu'une inopposabilité.

Seulement comme une société ne peut être opposable à certains associés et inopposable à certains autres, la décision judiciaire qui la déclare inopposable à un demandeur individuel arrête, en fait, la vie sociale, y apportant un élément de trouble permanent qui ne peut recevoir d'autre solution qu'une liquidation, — c'est-à-dire un aboutissement exactement analogue à celui auquel arrive directement l'action sociale quand elle est reconnue fondée.

**36. Responsabilités pécuniaires.** — L'article 10 de la loi du 7 mars 1925 s'apparente à l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867. Cet article 10 s'exprime comme il suit : *Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, les associés auxquels la nullité est imputable sont responsables, envers les autres et envers les tiers, solidairement entre eux et avec les premiers gérants, du dommage résultant de celle annulation.*

*Les actions en nullité et en responsabilité se prescrivent par dix ans.*

Cet article 10 reproduit trop exactement les expressions de l'article 42 de la loi de 1867 pour qu'on ne soit pas amené à penser que toutes les décisions de la doctrine ou que la jurisprudence ont été amenées à prendre au sujet de cet article 42 seront applicables dans toutes les hypothèses de fait où l'article 10 se trouvera mis en action <sup>1</sup>.

L'article 10 renouvelle expressément un des principes essentiels finalement introduits dans la loi de 1867 : ceux que la loi déclare pécuniairement responsables du fait d'une nullité encourue par une société à la formation de laquelle ils ont coopéré ne voient leur responsabilité engagée que dans la mesure exacte du préjudice directement causé par la nullité. Une relation précise de cause à effet doit exister entre le dommage dont le demandeur excipe et dont il réclame réparation et le fait générateur d'une nullité dont ce demandeur excipe également pour faire prononcer d'abord l'annulation de la société, et ensuite, à titre de conséquence, une condamnation pécuniaire dont il sera appelé à profiter.

1. Pour l'examen de l'article 42, nous renvoyons aux traités généraux qui s'occupent de la loi de 1867, et notamment Copper Royer, t. I, n<sup>os</sup> 152 et suivants.

Les demandeurs éventuels seront, aux termes de l'article 10, *les autres associés ou les tiers*.

Une discussion assez profonde s'est fait jour pour savoir quels étaient les associés que le législateur avait pu avoir en vue, et pour savoir, par raisonnement inverse, quels étaient les associés sur lesquels pesait la responsabilité pécuniaire consécutive à une déclaration de nullité.

La plupart des auteurs admettent que tous les associés d'origine doivent être considérés comme des fondateurs, et être par conséquent déclarés, tous, solidairement responsables des nullités encourues <sup>1</sup>.

Pour en décider ainsi, on fait état de certaines déclarations faites par le rapporteur au Sénat de la loi, M. Chapsal, lequel a effectivement visé « les associés originaires qui ont tous concouru à la formation de la société ».

Cet argument nous paraît un peu faible, car le rapporteur a pu se tromper. Et effectivement, il s'est notoirement trompé, car le texte de la loi (qui est bien le seul texte que l'on ait à analyser, à interpréter et à appliquer) ne parle que des associés *auxquels la nullité est imputable*. La loi fait donc une discrimination. Et elle en fait une d'autant plus certaine qu'elle autorise les autres associés à se porter demandeurs en réparation du préjudice qui aura pu leur être causé.

Il est donc bien difficile de donner au texte de l'article 10 l'interprétation trop étendue que paraît avoir comprise le rapporteur sénatorial, et cette difficulté s'augmente quand on songe que l'article 10 est, somme toute, une disposition ordonnant une pénalité. De semblables dispositions législatives ne peuvent s'interpréter ni à la légère ni extensivement.

Ce sont donc seulement les associés auxquels la nullité est imputable qui pourront être rendus pécuniairement responsables des conséquences de l'annulation de la société. Si, par exemple, le fondateur n'a pas déclaré, dans l'acte de société, que les conditions visées dans les deux premiers alinéas de l'article 7 étaient dûment remplies, la nullité de la société peut résulter de ce simple vice de forme, mais ce vice de forme est uniquement imputable au fondateur.

Nous avons envisagé, *suprà*, n° 10 et suivants, diverses hypothèses d'apports en nature, et nous avons vu qu'il pouvait arriver qu'un apporteur en nature, manquant finalement à certains engagements pris, pouvait être réputé n'avoir fait qu'un apport incomplet. La nullité de la société peut s'en suivre. Lui seul sera responsable de cette nullité

1. Comp. en ce sens Lépargneur, 18; Pic et Baratin, 223.

et de ses conséquences, alors même que tous les associés demeureraient responsables de l'évaluation donnée aux apports, ce qui n'est pas du tout la même chose <sup>1</sup>.

A côté de ces associés fautifs, le législateur place les premiers gérants. Il y a là une disposition rappelant de très près celle de l'article 8 de la loi du 24 juillet 1867.

Les défendeurs sont solidairement responsables.

Les règles de la solidarité sont exposées dans les articles 1200 et suivants du Code civil.

La solidarité passive incombant à l'encontre des associés fautifs et des premiers gérants d'une société à responsabilité limitée, crée, entre ces personnes, une pluralité de liens, tout en laissant une unité d'obligation.

Dans les rapports des débiteurs envers le créancier, le créancier poursuivant peut s'adresser à n'importe quel débiteur pour la totalité de la dette, quitte à ce débiteur à appeler ses co-débiteurs en garantie; mais cette exception dilatoire de garantie ne touche en rien au droit du créancier. Le jugement rendu en faveur ou contre un débiteur est opposable à tous les débiteurs.

Dans les rapports des co-débiteurs entre eux, le co-débiteur qui a payé l'intégralité de la dette peut recourir contre chacun des co-débiteurs. Mais il ne pourra recourir contre chacun d'eux que pour la part de celui qu'il poursuit dans la dette <sup>2</sup>.

D'autres personnes peuvent encourir une responsabilité à raison d'un vice entachant la constitution d'une société à responsabilité limitée, par exemple le notaire qui aura présidé à la confection de l'acte et qui y aura laissé se glisser des irrégularités de forme sur lesquelles son attention professionnelle aurait dû être attirée, de telle sorte qu'il est en faute de ne pas les avoir relevées et de ne pas avoir renseigné les parties qui se confiaient à lui.

Mais toute responsabilité de cette nature sera une responsabilité de droit commun, suivant ses règles propres et restant en dehors de la loi de 1925.

Par exemple, si une responsabilité notariale est encourue, cette responsabilité existe à cause de l'irrégularité apparente de l'acte; peu importe que cet acte soit une société à responsabilité limitée.

La prescription de l'action en responsabilité et celle de l'action en nullité est de dix ans. Nous avons indiqué, *suprà*, n° 15, le caractère

1. Comp. dans ce sens, Piot, 24; Houpin et Bosvieux, 1580.

2. Voir Hémard, *Précis de dr. civ. t. II*, n° 1640 et suivantes.



particulier qu'il convient d'attribuer à cette prescription, qui n'est qu'un délai préfix, et qui s'apparente en conséquence aux prescriptions criminelles.

Le point de départ du délai pour les actions judiciaires en nullité, c'est le jour même de l'acte entaché d'un vice.

Quant au point de départ du délai couvrant les actions judiciaires en responsabilité, il semble bien qu'il faut le placer au même jour, parce que la volonté du législateur paraît avoir été très nettement de placer sur un complet pied d'égalité l'une et l'autre de ces actions judiciaires, lesquelles dépendent l'une de l'autre et sont en quelque sorte sœurs jumelles<sup>1</sup>.

La loi du 7 mars 1925 n'a pas reproduit les termes de l'article 8 de la loi de 1867, tel que la loi du 1<sup>er</sup> août 1893 a remanié ce texte. Nous avons examiné un peu plus haut, n° 34, ce qu'il convenait de décider au cas où, dans l'intervalle des dix années, la cause de nullité aurait cessé d'exister, par l'effet d'une régularisation susceptible d'être considérée comme un acte confirmatif, au sens de l'article 1338 du Code civil. Nous avons été amenés à reconnaître que la disparition de la cause de nullité validait la société, sitôt que cette disparition intervenait par un acte ou par un fait ayant les qualités intrinsèques de volonté requises par l'article 1338. Dès lors, aucune instance en nullité sociale ne peut plus être intentée, ni par les associés, qui ont la route barrée du fait de l'acte confirmatif auquel ils ont concouru par une série de volontés individuelles ou par une volonté collective qui, contractuellement, s'impose aux volontés individuelles dissidentes qui ne constituent qu'une minorité, — ni par les tiers, par application de la théorie du défaut d'intérêt.

On devra, à notre avis, reconnaître que l'action en responsabilité ne peut que disparaître en même temps que disparaît l'action en nullité, la première n'étant que la conséquence de l'autre.

Si, dans l'intervalle, certains intérêts particuliers ont pu se trouver lésés du fait de l'irrégularité temporaire qui a existé, une action en dommages-intérêts spéciale peut être intentée à raison du préjudice particulier qui aurait été éprouvé et dont le demandeur aura à justifier clairement. Mais cette action judiciaire sera fondée sur les textes du droit commun, l'état de choses qui a temporairement existé ayant créé, à raison de son irrégularité, une inopposabilité.

On peut encore envisager une hypothèse où l'action en responsabilité

1. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, 227; Auger et Michel, 30.

Comp. au contraire Pottier, n° 177; Drouets, 137; et encore Lyon-Gaen et Renault, 806.

aura juridiquement un délai d'extinction moindre que le délai de dix ans prévu par le deuxième alinéa de l'article 10 tant pour les actions en nullité que pour les actions en responsabilité. Cette hypothèse est celle où la faute imputée aux associés et aux gérants constitue un délit. En pareille circonstance, la prescription triennale de l'article 638 du Code d'instruction criminelle peut être invoquée par les intéressés. L'action en responsabilité cesse de suivre l'action en nullité pour suivre l'action pénale.

Il peut y avoir là en beaucoup de cas une anomalie, mais la jurisprudence paraît fixée en ce sens<sup>1</sup>.

Enfin, il ne faut pas perdre de vue que la prescription décennale ne couvre l'action en nullité, et l'action en responsabilité qui en constitue l'annexe, que si la nullité qui en est à la base repose sur l'inobservation de l'une quelconque des règles posées par la loi du 7 mars 1925 dans ses articles 2, 4, 5, 6, 7 et 8.

La cause de nullité peut remonter à des irrégularités différentes; elle peut remonter à un défaut ou à une insuffisance de publicité; nous examinerons ce cas dans un alinéa suivant. Elle peut aussi remonter à la violation d'une règle de droit commun. Nous avons vu, au début de cette étude, que toute Société à responsabilité limitée, de même d'ailleurs que toute société anonyme, devait primordialement satisfaire à toutes les règles qui s'imposent à tout contrat ou à toute société<sup>2</sup>.

Les nullités qui pourront s'en suivre seront des nullités *absolues* ou des nullités *relatives* suivant la distinction fondamentale que nous avons été amenés à reconnaître *suprà*, n° 15, et elles se prescriront suivant les modalités que nous y avons préconisées.

Nous rappelons que nous avons étudié séparément, *suprà*, n° 15, 18 et suiv., les responsabilités spécialement encourues par tous les associés en cas d'exagération apportée dans l'évaluation des apports en nature faits à une société à responsabilité limitée.

1. De telle sorte qu'au bout de trois années, à compter du jour où fut commis le délit, aucune action ne peut plus être intentée contre celui qui commit ce délit : l'action pénale est prescrite et l'action en responsabilité qu'un particulier porterait postérieurement devant un tribunal civil et qui serait fondée sur l'article 1382 devrait être rejetée sur la simple observation du caractère délictueux de la source du préjudice subi (Comp. Copper Royer, t. I, n°s 166 et 199; Aubry et Rau, t. V, p. 749; Dalloz, J. G. *verbo*, *Prescription criminelle*, n°s 93 et suiv.; Crim. cass. 29 avril 1846, D. P. 46.1.143; Civ. rejet, 18 novembre 1895, D. P. 98.1.497; Paris, 28 avril 1887, D. P. 88.2.115; Nancy, 13 décembre 1897, D. P. 99.2.12; Rennes, 27 novembre 1913, *Gaz. Palais*, 3 avril 1914; Trib. comm. Seine, 6 mai 1920, *J. Soc.* 1921.463; Trib. comm. Seine, 14 décembre 1921, *Gaz. Trib.* 5 avril 1922; Trib. corr. Seine, 12 avril 1930, *Sem. Jurid.* 1930.1170.)

2. Comp. pour analogie article 169 des lois belges coordonnées.

**37. Responsabilités pénales.** — La loi de 1925 a couvert certaines des dispositions qu'elle ordonnait d'une sanction particulière en prononçant diverses pénalités à l'encontre de ceux qui contreviendraient à ces dispositions.

Nous avons déjà étudié l'une de ces sanctions pénales, *supra*, n° 18, lorsque la faute consistait à faire attribuer à un apport en nature une évaluation excessive, des manœuvres frauduleuses étant, en outre, relevées.

Le législateur de 1925 a, dans les articles 37 et 38, prévu certains autres faits délictueux : ceux de l'article 37 se rapportant à des faits de constitution, auxquels doivent être apparentés tous autres faits analogues intervenant lors d'une augmentation de capital. Le fait visé en l'alinéa 2 de l'article 38 se rapporte au contraire à un des événements possibles de la vie sociale.

Aucun de ces délits spéciaux ne rentre dans la famille des délits contraventionnels organisés par les articles 13 et 14 de la loi du 24 juillet 1867. Il est tout naturel qu'il en soit ainsi, puisque ces délits contraventionnels supposent tous l'émission d'un titre commercialement négociable, ou la négociation même d'un titre de cette nature.

La loi de 1925 interdisant, d'une manière absolue, la création de titres semblables dans les sociétés à responsabilité limitée, aucune disposition pénale analogue à celle de l'article 13 ou à celle de l'article 14 n'avait à intervenir.

Si, par impossible, une société, se qualifiant de société à responsabilité limitée, se constituait en divisant son capital social en parts négociables, suivant les voies commerciales de la tradition ou du transfert, la société ainsi formée serait une société anonyme. Peu importe la qualification arbitrairement donnée par les parties <sup>1</sup>.

Il se trouverait alors que cette société anonyme, faussement dotée d'une qualification autre que celle qui lui revient juridiquement, est entachée de nullité pour contravention aux règles posées par les articles 1, 2 ou 3 de la loi de 1867. Dès lors, les représentants de cette société faussement qualifiée tombent sous le coup de l'article 13 de la loi de 1867, et ils tomberont souvent aussi sous le coup de l'article 14 de la même loi <sup>2</sup>.

Comme nous l'avons indiqué tout à l'heure, les sanctions qu'ordonne le législateur, pour couvrir certaines de ses dispositions, — que ces

1. Comp. en ce sens, Hémard, n° 121.

2. Sur ces questions, relatives aux sociétés anonymes, Voir Copper Royer, t. II n° 177 et suiv. et n° 194.



sanctions consistent en une nullité, qu'elles consistent en une pénalité, -- procèdent presque toujours d'une notion juridique de protection. En formulant certaines dispositions, le législateur a en vue la protection qu'il lui paraît équitable d'accorder à une personne susceptible d'être trompée. Quand cette volonté de protection est extrêmement formelle, le législateur couvre sa disposition par une sanction pénale.

Très généralement, les personnes que le législateur entend protéger sont ou les contractants eux-mêmes, ou, surtout, les tiers que des apparences trompeuses pourraient abuser, ces apparences trompeuses étant l'œuvre des contractants eux-mêmes.

On retrouve des préoccupations de même ordre à l'origine de chacun des délits organisés par les articles 13, 14 et 15 de la loi du 24 juillet 1867, les délits contraventionnels des articles 13 et 14 procédant d'une notion juridique de protection à accorder à des associés de deuxième série susceptibles de succéder aux associés d'origine; — ce sont donc en réalité des tiers que la loi veut protéger, ces tiers faisant partie de la grande masse anonyme que l'on dénomme sous le nom générique d'épargne publique; il s'en suit que la loi de 1867 ne réprime pas tant les vices dont une société peut être infectée pour ces vices eux-mêmes que pour la faculté de dol possible envers des tiers que ces vices peuvent enfermer.

Le délit de l'article 13 § 2 (création de majorité factice) procède d'une notion juridique de protection à accorder aux associés, c'est-à-dire aux contractants eux-mêmes, dans le cercle interne de leurs relations. Les délits des trois alinéas, de l'article 15 procèdent d'une notion de protection à accorder aux tiers appelés à contracter avec les fondateurs, ou, en cas d'augmentation de capital, avec les administrateurs, ou encore aux tiers appelés à contracter avec une société dont le capital aurait été abusivement minoré du fait d'une ou de plusieurs distributions de dividendes fictifs.

Les délits inaugurés par les articles 37 et 38 de la loi du 7 mars 1925 procèdent surtout d'une notion juridique de protection à accorder aux tiers appelés à contracter avec une société qui donne l'affirmation d'une solvabilité qui ne peut être que strictement proportionnée au montant du capital statuaire. Il faut donc que ce capital soit sincère en toutes ses parties.

Il en est exactement de même de l'article 18 de cette même loi du 7 mars 1925, lequel punit d'une amende de 50 à 1.000 francs (amende ayant par conséquent un caractère correctionnel) la contravention qui consiste à ne pas insérer dans tous les documents émanés d'une société à

responsabilité limitée l'énonciation du capital social et les mots « Société à responsabilité limitée » inscrits en toutes lettres.

L'article 37 de la loi du 7 mars 1925 prévoit deux délits, celui de fausse déclaration quant à la répartition ou quant à la libération des parts sociales, — celui d'ouverture d'une souscription publique.

**38. Délit de fausse déclaration.** — L'article 37 se prononce comme il suit : *Sont punis d'une amende de 500 à 10.000 francs et d'un emprisonnement de quinze à six mois, ou de l'une de ces deux peines seulement : Les fondateurs qui ont fait dans l'acte de société une déclaration fausse concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés, ou la libération des associés.*

Nous avons vu, *Supra*, n° 33 (nullités), que parmi les formalités essentielles de constitution figurait une obligation de pure forme, par conséquent passablement anormale, incombant aux fondateurs, lesquels doivent certifier, dans le texte même de l'acte de société, que les conditions visées dans les deux premiers alinéas de l'article 7 sont dûment accomplies, savoir, que toutes les parts ont été réparties entre les associés, qu'elles ont été libérées intégralement — et encore que les parts sociales correspondant à des apports en nature sont libérées intégralement.

Si cette déclaration de pure forme n'est pas faite dans l'acte de société, la société peut être annulée, et ce, alors même que, par ailleurs, toutes les conditions de fond exigées par la loi auraient été ponctuellement réalisées.

Mais c'est là la seule sanction que la loi réserve à un défaut de déclaration.

Par contre, si une déclaration est faite, il faut qu'elle soit exacte.

Le premier des deux délits organisés par l'article 37 se décompose donc en deux infractions :

Fausse déclaration concernant la répartition des parts sociales;

Fausse déclaration concernant la libération des associés.

Le premier de ces deux délits sera encouru lorsque les éléments constitutifs suivants se retrouveront dans les faits de la cause :

Déclaration faite dans l'acte de société;

Fausseté de la déclaration en ce qui concerne la répartition des parts sociales divisant le capital social; le juge saisi du litige devra expressément constater que les parts statutairement réparties revenaient en réalité à d'autres qu'à ceux que le texte de l'acte social indique, ou devaient réellement se partager autrement que cela n'est fixé dans

l'acte. A la vérité, on comprend assez mal l'importance d'une faute de cette nature, car si le capital qui forme l'unique base de la solvabilité de la société a été dûment versé, le fait que l'un des associés a versé plus qu'un autre devrait être réputé indifférent;

Intention délictuelle de l'auteur de la déclaration; les auteurs d'une déclaration inexacte ne tombent sous le coup de la loi pénale que s'ils avaient pleine connaissance du caractère mensonger de la déclaration qu'ils faisaient et du but délictueux qu'ils poursuivaient; — pour bien comprendre le texte français, on est presque tenté de dire qu'il faut se reporter au texte de la loi allemande (article 82) qui punit « ceux qui, « pour obtenir l'inscription de la société dans le registre du commerce, « ont donné sciemment au Tribunal de fausses indications relativement « aux versements faits sur les parts sociales. »

Le deuxième délit se comprend beaucoup mieux; il vise les fausses déclarations concernant la libération des associés. Le législateur a toujours considéré, pour toutes les sociétés de capitaux, que la stricte et complète formation du capital social était une prescription intangible qu'il convenait de protéger étroitement.

Aussi, par une volonté peut-être un peu bizarre, le législateur a-t-il exigé des fondateurs la déclaration écrite de la libération intégrale du capital. Si cette déclaration est sciemment mensongère, le délit de l'article 37 est encouru.

Nous verrons *infra*, n° 85 alinéa *d* (augmentation de capital), qu'une déclaration de même nature doit intervenir en cas d'augmentation de capital. Cette déclaration doit alors être faite, sous leur responsabilité, par les gérants en exercice au jour où se réalise définitivement l'augmentation de capital.

Nous examinerons également, *infra*, n° 85, alinéa *f*, certaines hypothèses où une semblable déclaration peut être considérée comme inexacte.

Il faut donc que les circonstances de la cause réunissent les éléments suivants :

Existence dans l'acte de société d'une déclaration conforme à celle que prescrit l'article 7 dernier alinéa; cette déclaration peut, du reste, se retrouver dans un document distinct, mais annexé;

Fausseté de cette déclaration; cette déclaration sera fausse s'il est avéré que certains des souscripteurs n'ont pas libéré intégralement la souscription qu'ils donnent en participant à l'acte de société; c'est en grande partie pour cette raison que si un souscripteur se libère au moyen d'un chèque, il sera utile d'attendre, pour faire donner toutes les signa-



tures, que ce chèque ait été encaissé et transformé en un crédit certain par la banque à qui il aura été déposé; — pour les souscripteurs qui se libèrent au moyen d'apports en nature, la question de savoir s'ils se libèrent entièrement ne pourrait guère être connue que si les délais d'opposition sont expirés;

Mauvaise foi de l'auteur de la déclaration; c'est en grande partie à raison de ce dernier élément, nécessaire pour qu'il y ait délit punissable, que l'inexactitude d'une évaluation donnée à un apport en nature sera rarement punissable, car il sera toujours malaisé de démontrer que le ou les fondateurs, avaient pleinement connaissance de la majoration apportée dans l'évaluation des apports, surtout si cette insuffisance ne s'est révélée que par une circonstance de fait qui n'est apparue qu'après coup.

C'est également en vue de cette responsabilité éventuelle que l'on ne peut que recommander à ceux sur qui cette responsabilité peut un jour peser de se couvrir par l'évaluation officieuse qui sera faite des apports en nature par une personne autorisée et notoirement compétente.

La loi dit que les personnes punissables sont « *les fondateurs qui ont fait dans l'acte de société une déclaration fausse...* »

Cette expression ne paraît pas viser la totalité des associés d'origine, comme cela est communément enseigné<sup>1</sup>.

A notre avis, ceux-là seuls peuvent être poursuivis qui participent effectivement à la déclaration. Cette solution apparaît comme la seule raisonnable. Elle l'est d'autant plus que, en cas d'augmentation de capital, on admet presque universellement que toutes les règles et que toutes les sanctions applicables en cas de constitution demeurent exigibles. L'augmentation de capital comporte donc une affirmation analogue à celle qui est ordonnée en cas de constitution.

Mais l'augmentation de capital est une opération qui ne nécessite pas l'accord unanime des premiers associés; une majorité suffit.

On ne peut pas dire que des associés qui n'ont pas voté l'augmentation de capital seront responsables de ses conséquences.

Ce qui est vrai, c'est que, en fait, les actes de société sont rédigés le plus souvent de telle sorte qu'aucun fondateur n'apparaît, — que tous les associés se placent sur un pied de complète égalité, — que tous signent l'acte de société, sans distinction, faisant ainsi de tout ce qui est écrit dans cet acte leur œuvre personnelle, et endossant donc volontai-

1. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, 145; Lépargneur, *J. Soc.* 1925, p. 257; P. Garraud, *Sem. Jurid.* 1927, p. 888.

*Contrà*, Auger et Michel, ch. III, Section 2, 38.

rement la responsabilité spécialement encourue par une déclaration que l'acte de société présente comme l'œuvre commune de tous.

Il ne tient qu'à eux de ne pas encourir cette responsabilité.

L'acte de société pourrait très bien être rédigé autrement. La déclaration concernant la répartition des parts et la libération intégrale des parts pourrait être dissociée du texte même des statuts, soit qu'elle figurât sur un acte annexé, soit simplement qu'elle soit écrite au bas de l'acte et qu'elle soit alors revêtue de la seule signature de l'un des associés, la signature des autres associés étant donnée un peu plus haut et ne couvrant que les autres dispositions des statuts.

Dans ce cas, la responsabilité pénale résultant de l'article 37 ne sera encourue que par le seul signataire de la clause contenant affirmation de l'exécution des prescriptions de l'article 7.

C'est ce seul signataire qui pourra être poursuivi, en même temps que tous complices que l'instruction révélerait, par exemple l'associé qui se serait vu, sans protester, attribuer des parts qu'il n'aurait pas complètement libérées.

La déclaration qu'ordonne l'article 7 a une analogie évidente avec la déclaration notariée que la loi de 1867 impose aux fondateurs d'une société anonyme, et, en cas d'augmentation de capital, à ses administrateurs. En droit français, ce sont les seuls fondateurs qui sont considérés comme responsables de cette déclaration notariée, et il n'y a aucune raison, tirée du droit ou tirée des textes, pour donner une solution différente quand il s'agit d'une société à responsabilité limitée.

Ni dans la loi de 1867, ni dans la loi de 1925, on ne retrouve aucun texte analogue à l'article 31 des lois belges coordonnées <sup>1</sup>.

Même au cas où, par suite d'une rédaction imprudente des statuts, la totalité des associés d'origine devrait être englobée dans la qualification de « fondateurs », tout signataire de l'acte ne sera pas nécessairement inculpé dans une poursuite pénale, l'affirmation qui est un élément nécessaire pour qu'il y ait délit pouvant avoir été faite de mauvaise foi par certains et de bonne foi par d'autres.

1. Voici le texte de cet article 31 : « La société peut être constituée par un ou plusieurs actes authentiques dans lesquels comparaissent tous les associés en personne, ou par porteurs de mandats authentiques ou privés.

« Les Comparants à ces actes seront considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, si les actes désignent comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble le tiers au moins du capital social, les autres comparants, qui se bornent à souscrire des actions contre espèces, sans recevoir, directement ou indirectement, aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs. »

C'est au surplus à la prévention à démontrer la mauvaise foi, laquelle doit consister dans une intention délictuelle et dans une pleine connaissance du caractère dolosif de l'acte auquel le prévenu est intervenu.

Une négligence dans la poursuite de certains renseignements utiles n'est pas l'équivalent d'une mauvaise foi délictuelle, alors qu'elle peut servir de base à une condamnation civile pour réparation du préjudice causé.

Si l'acte de société a été, pour quelques-uns des associés, signé par un fondé de pouvoir nanti d'une procuration spéciale, c'est uniquement d'après les faits de la cause que l'on pourra discerner lequel, du mandataire ou du mandant, peut avoir eu cette pleine connaissance des faits qui doit être démontrée à la charge d'un inculpé. Ils peuvent ne l'avoir eue ni l'un ni l'autre. Ils peuvent au contraire l'avoir eue l'un et l'autre. En ce cas, le mandataire ne pourra être poursuivi que comme complice par aide et assistance dans les actes qui ont consommé ou facilité l'infraction.

La responsabilité du mandataire sera toujours plus difficile à établir, à raison de son absence d'intérêt personnel dans l'opération critiquée, absence d'intérêt qui peut avoir entraîné de sa part une négligence à s'informer; car on peut admettre qu'il était mandaté pour donner à un acte une signature que le véritable intéressé se trouvait momentanément empêché de donner en personne, sans, pour cela, être, en outre, mandaté pour effectuer des recherches comptables et des vérifications qu'il appartenait au seul associé de faire ou de provoquer.

Le premier délit de l'article 37 peut être encouru en cas d'augmentation du capital tout autant qu'en cas de formation d'une société nouvelle<sup>1</sup>. La jurisprudence assimile toujours l'opération qui consiste à augmenter le capital à l'opération qui consiste à former ce capital pour ses modalités et ses conséquences.

Dans le cas d'une augmentation de capital, la responsabilité intrinsèque de l'affirmation solennelle prévue en l'article 7 remonte aux gérants de la société; ce sont eux qui ont reçu le mandat spécial de réaliser cette opération sociale, ce sont donc eux qui doivent être assimilés aux fondateurs, de la même façon que les administrateurs d'une société anonyme sont assimilés aux fondateurs au cas d'une opération d'augmentation de capital.

1. Comp. Copper Royer, t. I, n° 195. — Comp. notamment, Cass. 27 janvier 1873, D. P. 73.1.331; — 5 novembre 1879, D. P. 80.1.626; — 17 juillet 1885, D. P. 86.1.273; — 2 février 1892, D. P. 92.1.225; — Paris, 16 novembre 1925, *J. Soc.* 1926.665; — Douai, 18 avril 1929, *Sem. Jurid.* 1929.1066.



Quand il s'agit d'une société anonyme, ce sont les administrateurs qui doivent faire la déclaration notariée, qui est une formalité indispensable et essentielle; quand il s'agit d'une société à responsabilité limitée, ce seront aux gérants à faire cette même déclaration, identique à l'autre, à cela près qu'elle n'a pas besoin d'être faite par devant un notaire. Mais ce seront les gérants seuls qui encourront une responsabilité pénale qui, dans les sociétés anonymes, incombe aux seuls administrateurs.

Le système juridique apparaît ainsi comme complet. Toute autre opinion nous paraît manquer singulièrement d'harmonie.

**39. Délit d'émission publique.** — L'article 37 vise, dans son dernier alinéa, un autre délit, de nature tout à fait différente. Ce texte indique que seront punis des peines prévues au premier alinéa (une amende de 500 à 10.000 francs et un emprisonnement de quinze jours à six mois, ou l'une de ces peines seulement) *les gérants qui, directement ou par personne interposée, ont ouvert une souscription publique à des valeurs mobilières quelconques pour le compte de la société.*

Une chose frappe à la première lecture de ce texte, c'est que le délit du dernier alinéa de l'article 37 ne paraît pouvoir être encouru qu'en cas d'augmentation de capital (ou peut-être d'émission d'obligations). En effet, les gérants sont les seuls à pouvoir être poursuivis comme auteurs principaux de ce délit spécial; or, il n'y a de gérants qu'une fois la société constituée; donc, ce n'est que postérieurement à la constitution de la société que des faits susceptibles d'entraîner la matérialisation de l'article 37 peuvent être effectués.

Par voie de conséquence, le fondateur qui, avant toute constitution définitive de la société qu'il projette de fonder, tenterait d'obtenir, et obtiendrait effectivement des adhésions par un moyen de publicité défendue, ne tombe pas sous le coup de l'article 37.

Il en doit d'autant plus sûrement être décidé ainsi que ce dernier alinéa de l'article 37 se réfère au dernier alinéa de l'article 4, lequel interdit à la société d'émettre, pour son propre compte, par souscription publique, des valeurs mobilières quelconques.

La prohibition ne porte qu'à l'encontre de la société, elle vise par conséquent des faits postérieurs à sa constitution et elle laisse sans aucune sanction des faits antérieurs <sup>1</sup>.

1. Comp. en ce sens, Tchernoff, *Droit pénal financier*, Suppl. 7.

Comp. en sens opposé, Lépargneur, 20 et 28; Pic et Baratin, 182; Pierre Garraud, § 69, *Sem. Jurid.* 1927, p. 916; Auger et Michel, chap. III, Sec. 2, 39.

M. Pierre Garraud est un des plus distingués professeurs de droit pénal de l'heure

Que le législateur n'ait pas explicitement rendu sa pensée dans ces textes, cependant dénués de toute ambiguïté, cela est fort possible, mais il n'appartient pas à ceux qui interprètent une loi pénale, et encore moins à ceux qui ont à l'appliquer, d'en étendre plus ou moins arbitrairement la portée. Déjà, en droit civil, il existe un article 1162 qui dit que, dans le doute, la convention s'interprète en faveur de celui sur qui pèse l'obligation. Transposée dans le domaine du droit pénal, cette règle est devenue celle de l'article 4 du code pénal.

Ce n'est certes pas que nous recommandions aux fondateurs d'une société à responsabilité limitée de se livrer à une recherche quelconque de capitaux par un procédé que l'intention évidente du législateur a été d'interdire. Mais nous croyons, — en étant presque tentés de dire : nous craignons, — que le même acte, punissable chez un gérant, ne l'est pas chez un fondateur.

Les éléments constitutifs du délit de l'article 37 §3 sont donc les suivants :

Il faut que le gérant d'une société à responsabilité limitée ait agi d'une certaine manière;

nous venons de voir que le fait, par le législateur, de n'avoir parlé que des gérants ne permettait de considérer comme punissables que les faits postérieurs à la constitution de la société;

— il faut que les gérants aient agi avec intention délictuelle, c'est-à-dire en pleine connaissance du caractère irrégulier de l'acte auquel ils coopéraient et avec, cependant, la volonté de l'effectuer;

cet élément du délit est indispensable, puisque la peine prononcée comporte un emprisonnement possible des délinquants, et, toutefois, on ne peut s'empêcher de reconnaître que ce délit présente certaines apparences contraventionnelles, car la matérialité des faits donnera souvent à supposer la volonté délictuelle de ceux qui y ont coopéré;

actuelle. On ne peut que demeurer stupéfait des arguments qu'il donne pour justifier sa théorie extensive : « En parlant des gérants, dit-il, l'article 37, alinéa 3, s'est borné à envisager l'hypothèse qui lui a semblé la plus ordinaire, mais, en fait, l'interdiction d'ouvrir une souscription publique est surtout utile dans la période de constitution de la société... »

Or, il n'existe plus, dans notre droit français, aucune peine *arbitraire*, comme il en existait dans l'ancien droit, avant que n'intervienne la déclaration des Droits de l'Homme. L'article 4 du Code pénal a toujours été interprété en ce sens que la loi pénale, lorsqu'elle est ambiguë, doit s'interpréter dans le sens le plus favorable à l'accusé, et qu'il n'est pas permis à un juge de suppléer à une loi pour établir une peine (comp. spécialement Dalloz, Rép. prat. *verbo Peine*, n° 5). — Dès lors, il ne paraît pas juridique de dire que, économiquement parlant, le législateur aurait aussi bien fait de parler des fondateurs que des gérants, et que, dès lors, la pénalité dont le législateur n'a frappé que les gérants doit aussi être appliquée aux fondateurs.

— il faut que ce, ou ces gérants, aient ouvert une souscription publique;

pour comprendre ce que le législateur entend par souscription publique, il faut se reporter aux lois des 30 janvier 1907 et 31 mai 1916; nous nous sommes déjà expliqués, *suprà* n° 27, sur ce qu'il fallait entendre par émission publique;

— il faut que le, ou les gérants, agissent directement, ou par personnes interposées;

dans le cas de personnes interposées (qui seront le plus souvent des banquiers ou des démarcheurs), la prévention trouvera et des auteurs principaux, qui seront les gérants, et des complices par aide et assistance, qui seront les personnes interposées, si, à l'encontre de ces dernières, on prouve la connaissance du caractère illicite de l'acte auquel elles ont participé, et dont elles ont facilité l'exécution;

— il faut que la souscription ait eu pour objet des valeurs mobilières quelconques;

et par valeurs mobilières, on doit entendre des titres négociables par les voies commerciales, c'est-à-dire par tradition (titres au porteur), par transfert (titres nominatifs) ou par endos (titres à ordre);

— enfin, il faut que l'émission ait été réalisée pour le compte de la société.

Ce qui revient à dire, non seulement que la société à responsabilité limitée peut procéder à des émissions publiques portant sur des titres émis par des sociétés qui lui auraient donné le mandat de recueillir des souscriptions pour des titres que ces tierces sociétés auraient été en droit d'émettre, mais encore que les gérants peuvent procéder à des émissions portant sur des titres de la négociation desquels la société n'est pas appelée à bénéficier, hypothèse peu admissible, si on excepte le cas d'un avantage particulier conféré à une personne déterminée, laquelle procède au fractionnement de cet avantage et à la vente des titres qui sont le produit de ce fractionnement (voir *suprà*, n° 27, Création des parts bénéficiaires).

L'article 37 ne prévoyant pas la tentative, sera seul punissable l'acte prohibé dûment et entièrement réalisé.

La prescription du délit est de trois ans; le point de départ de la prescription doit être fixé au jour où aura paru le dernier en date des documents justifiant de la publicité donnée à l'émission irrégulièrement ouverte <sup>1</sup>.

1. M. Pierre Garraud, § 68, *Semaine Juridique*, 1927, p. 916, déclare au contraire



Une discussion peut très sérieusement s'établir au sujet d'un emprunt que la société à responsabilité limitée émettrait pour son propre compte, et qu'elle matérialiserait en remettant à ses prêteurs des titres négociables, que dans le langage courant, on dénomme des obligations.

Si la société à responsabilité limitée procède à un emprunt de cet ordre en ayant recours à des moyens de publicité, il ne peut y avoir aucun doute, le délit de l'article 37 est encouru, parce que les faits de la cause révèlent la double circonstance d'une émission de valeurs mobilières et de l'ouverture d'une souscription publique.

Mais si la société procède à cet emprunt obligatoire sans avoir recours à quelque publicité que ce soit, les obligations étant directement remises à chaque prêteur au fur et à mesure des versements d'espèces qu'ils font en conséquence de tractations d'ordre strictement privé, peut-on dire que le délit de l'article 37 soit encouru?

Nous ne le pensons pas, précisément parce que les textes de droit pénal sont toujours de droit étroit et ne peuvent être interprétés que d'une manière restrictive <sup>1</sup> (voir *infra* n° 79).

**40. Délit de distribution de dividende fictif.** — L'article 38, en son troisième alinéa, punit des peines portées en l'article 405 *les gérants qui, en l'absence d'inventaires, ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les associés la répartition de dividendes fictifs.*

Ce texte est trop nettement calqué sur celui de l'alinéa 3 de l'article 15 de la loi de 1867 pour qu'il ne soit pas interprété en fonction de ce dernier texte.

Comme ce délit n'est point particulier à notre matière, nous ne ferons qu'esquisser les grandes lignes de cette infraction, nous bornant à

que la date du délit doit être fixée au jour où *commencera* la publicité marquant l'ouverture de la souscription. — Cette opinion nous paraît erronée, si on ne l'interprète pas en disant que la date du délit doit être fixée au jour où aura été effectué le dernier acte comportant une publicité prohibée. Le délit peut en effet être constitué d'un acte isolé, qui est alors un acte instantané, ou de plusieurs actes qui se répètent et se renouvellent, et alors le délit est constitué par des infractions successives, auquel cas l'action publique ne se prescrit, qu'à compter du jour où a été réalisé le dernier acte contrevenant à la loi (Comp. notamment en ce sens, Garraud, *Traité de droit pénal*, t. II, n° 63).

On pourrait même se demander si, en matière de publicité illicite, il n'y a pas infraction continue, l'acte illicite continuant à produire tous ses effets normaux pendant un temps à déterminer; il en serait notamment ainsi si la publicité interdite avait eu lieu par affichage.

1. Comp. en ce sens, Drouets, n° 277.

renvoyer aux traités généraux pour qui voudrait creuser les problèmes souvent délicats qu'elle soulève<sup>1</sup>.

Le délit de distribution d'un dividende fictif est, par son origine et par sa conformation, très proche du délit de publication de faits faux. Mais il faut ajouter que la jurisprudence exige pour la consommation de cette grave infraction un ensemble de circonstances qui se trouve assez rarement réunies.

Il faut une intention délictuelle, et cette intention délictuelle est impérativement réclamée puisqu'elle doit porter sur tous les autres éléments du délit, à savoir, le caractère, non seulement inexact, mais *frauduleux* du bilan, et le caractère fictif du dividende dont les administrateurs inculpés ont proposé la distribution. Et d'autre part, cette volonté délictuelle doit être prouvée à l'encontre de chacun des inculpés pris individuellement. Les tribunaux ont à ce sujet un pouvoir souverain d'appréciation, ce qui laisse, en pratique, un champ très large aux décisions des magistrats.

Il faut, en outre, le fait matériel d'une distribution d'un dividende. Mais on doit comprendre sous ce mot « dividende » toute sortie de caisse faite en dehors même de tout bénéfice social, et partagée entre les associés. Peu importe le nom dont on la désigne, que ce soit un acompte sur un dividende futur, des intérêts de somme d'argent, des dividendes intercalaires.

Il faut un inventaire frauduleux, c'est-à-dire un inventaire qui contient des inexactitudes. Les inexactitudes peuvent être de différentes sortes. Ce seront ou des omissions de dettes sociales, ou des adjonctions de créances sociales inexistantes, ou des évaluations abusivement majorées ou minorées d'éléments de l'inventaire.

Il faut enfin que le dividende distribué ait un caractère nettement fictif et la jurisprudence n'établit point de différence entre le bénéfice que l'on distribue, mais qui est imaginé, inexistant, et le bénéfice qui est socialement réel, mais qui n'est pas encore disponible. Certains auteurs, et notamment M. Copper Royer, estiment que ce sont là deux choses fort différentes, qu'une chose est le dividende *fictif*, et que le dividende *imprudent* est une autre chose. Pour cet auteur le délit n'est encouru qu'en cas de dividende *fictif*, car dans le dividende *imprudent*, les administrateurs ont scrupuleusement évalué les éléments du bilan à leur juste valeur.

Les personnes punissables sont, dans une société à responsabilité

1. Voir Copper Royer, t. I, n<sup>os</sup> 241 et suiv.

limitée, les gérants, qui conscients de l'infraction par eux commise, au moyen d'inventaires inexacts, ou en ne dressant pas d'inventaires, ont matériellement distribué un dividende qu'ils savaient, et qui était réellement, fictif.

**41. Délit contraventionnel de publicité insuffisante.** — Nous avons indiqué un peu plus haut le délit spécial créé par le deuxième alinéa de l'article 18 de la loi du 7 mars 1925.

Le premier alinéa de cet article 18 est relatif à la publicité permanente à laquelle doit procéder toute société à responsabilité limitée : « *Dans tous les actes, annonces, factures, publications ou autres documents émanés de la société, la dénomination sociale doit toujours être précédée, ou suivie immédiatement des mots, écrits visiblement et en toutes lettres « Société à responsabilité limitée » et de l'énonciation du montant du capital social.*

*Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de 50 à 1.000 francs. »*

Le texte légal emploie, sans doute intentionnellement, le mot *contravention*.

On se trouve donc ici en présence d'un délit (car la peine prononcée dépasse celle des contraventions de simple police), mais d'un délit contraventionnel, punissable en dehors de toute volonté délictuelle chez l'auteur de l'infraction.

Le tribunal compétent pour en connaître demeure le tribunal de police correctionnelle <sup>1</sup>, lequel devra se prononcer sans avoir à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi du délinquant, de sa connaissance ou de son ignorance de la loi.

La prescription est de trois ans. Le point de départ de la prescription sera toujours assez difficile à préciser, car le délit dont il est ici question est un délit continu, qui se renouvelle inlassablement tant que circule un des documents où la mention ordonnée par la loi ne se trouve pas reproduite.

Le caractère de délit qu'il convient de reconnaître à cette infraction peut avoir, pour le délinquant, un caractère bienfaisant, en ce sens que le cumul des peines est possible en matière de délits <sup>2</sup> alors qu'il ne l'est pas en matière de contraventions <sup>3</sup>.

1. En ce sens, Pierre Garraud, § 27, *Sem. Jurid.* 1927, p. 885.

2. En ce sens Garraud, t. III, n° 990. — Comp. notamment Crim. cass. 22 avril 1887, D. P. 87.1.506; Crim. cass. 22 décembre 1893, D. P. 97.1.301; Crim. cass. 22 avril 1898, D. P. 98.1.495.

3. La question a été âprement discutée. Elle a été tranchée par l'arrêt rendu toutes chambres réunies le 7 juin 1842.



Or, l'infraction de l'article 18 revêtira souvent un caractère extrêmement multiplié. Si l'infraction était une contravention, le juge devrait prononcer autant d'amendes qu'il y a de contraventions distinctes, c'est-à-dire autant d'amendes qu'il y aura eu de feuilles de papier à lettre avec en-tête défectueux <sup>1</sup>.

Le fait que l'infraction est un délit permet au contraire au juge saisi de ne prononcer qu'une seule amende <sup>2</sup>.

La loi de sursis peut être appliquée.

Les circonstances atténuantes pourront toujours intervenir, à raison des dispositions expresses contenues dans l'article 39 de la loi du 7 mars 1925.

Les éléments constitutifs du délit seront excessivement simples : il suffira de constater que l'un quelconque des documents imprimés émanant de la société ne comporte pas les mots « à responsabilité limitée » et l'indication du capital social. Peu importe la nature de ce document ; il suffit que ce soit un document autre qu'un document manuscrit. Ce peut être une lettre, une facture, une notice commerciale, un prospectus, ce peut être une simple enveloppe, un étui, le couvercle d'une boîte, un papier d'emballage.

L'infraction existe alors même que la mention « Société à responsabilité limitée » se trouverait insuffisamment reproduite, par exemple sous la formule abrégée S. A. R. L.

L'infraction existe encore si l'une<sup>3</sup> des deux mentions exigées par la loi se retrouve seulement.

Enfin, l'amende ne peut être prononcée contre la société elle-même d'après la jurisprudence <sup>3</sup>. Les poursuites seront dirigées contre les gérants de la société, et, éventuellement, contre tous complices.

Peut-être réputé complice l'employé ou l'agent quelconque qui utilise, fût-ce pour le compte de la société, les documents insuffisamment libellés.

Mais la prévention doit<sup>4</sup> toujours démontrer l'intention délictuelle du

1. Comp. Crim. rej. 3 mars 1854, D. P. 54.5.562; 8 janvier 1864, D. P. 66.5.343; 27 janvier 1865, D. P. 66.1.44; 24 juin 1865, D. P. 65.5.38; 19 février 1898, D. P. 99.1.31; Crim. rej. 23 janvier 1874, D. P. 74.1.453.

2. Comp. en ce sens, Garraud, t. III, n° 999; Chauveau et Faustin Hélie, I, n° 170.

Comp. également, Crim. cass. 13 juin 1857, D. P. 57.1.371; 7 février 1884, *Bull. Crim.* 31.

3. Voir Copper Royer, t. I, n°s 169, et 170. — Comp. en ce sens, Crim. cass. 17 décembre 1891, D. P. 92.1.305; — 10 août 1916, D. P. 1917.1.118; — Montpellier, 27 mars 1929, *Sem. Jurid.* 29.1358. — Comp. cependant en sens opposé, Cons. d'Etat, 21 janvier 1925, D. P. 1925.3.39; Crim. rejet, 28 mai 1925, *Rev. Soc.* 1925.364.

complice, alors même que le caractère contraventionnel de l'infraction rend l'auteur principal responsable par le seul fait de l'exécution matérielle de l'acte incriminé.

**42. Sanctions des règles propres à la publicité légale.** — Nous avons vu, *suprà*, n° 29, les règles de publicité légale applicables aux sociétés à responsabilité limitée.

Ces règles sont, au fond, la reproduction pure et simple de celles que l'on retrouve aux articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867, nous l'avons déjà dit.

Les règles de fond étant identiques, il est tout naturel que les sanctions soient, elles aussi, identiques.

Le dernier alinéa de l'article 13 de la loi de 1925 s'exprime en des termes calqués sur ceux du troisième alinéa de l'article 56 de la loi de 1867 : « *Les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.* »

Nous rappelons que les formalités de publicité visées en l'article 12 sont les dépôts dans les greffes.

Celles visées au premier alinéa de l'article 13 consistent dans la publication d'un extrait de la société dans un journal d'annonces légales. Celles visées au deuxième alinéa consistent dans la justification de l'insertion par la production d'un exemplaire du journal, cet exemplaire étant certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

La publicité tardive empêche la société d'acquérir le *jus commercii* jusqu'à l'époque où cette publicité est complètement et régulièrement faite; la cause de nullité, par l'accomplissement des formalités, tombe sauf pour les tiers qui ont contracté avec la société pendant sa période irrégulière et qui ont vu leur patrimoine s'enrichir d'une possibilité d'agir en justice pour poursuivre la nullité de la société; mais, nous le redisons encore, les tiers doivent justifier d'un intérêt au prononcé de cette nullité.

L'absence de publicité rend la société clandestine. La société est donc atteinte d'une nullité que la jurisprudence a tendance à analyser un peu différemment selon que le demandeur en nullité est un tiers créancier de la société ou selon que ce demandeur est un des associés ayant concouru à la formation de cette société viciée.

Cependant, en tout état de cause, la nullité n'est qu'une nullité relative, au sens où nous avons pris ce mot, *suprà*, n° 15, en ce sens que la

cause de la nullité remonte à une des conditions de validité de l'acte, et non pas à une de ses conditions d'existence.

La nullité peut donc être couverte, non pas par application des règles spéciales de la loi du 1<sup>er</sup> août 1893, mais par application des règles générales applicables en matière de nullités relatives, celles-ci pouvant disparaître du fait d'un acte confirmatif ou récongnitif, au sens de l'article 1338 du Code civil.

La Société, originairement clandestine, mais ultérieurement validée par une publicité tardive, ou par une publicité complétant une première insuffisamment effectuée, devient, du même coup, une société régulière, et opposable à tous.

Néanmoins, la jurisprudence a tendance à considérer que les tiers qui ont contracté avec la société pendant sa période de clandestinité ont un droit acquis, ce droit consistant à pouvoir requérir la nullité de la société, même après l'accomplissement d'une publicité régularisatrice, mais tardive.

Cependant, les tiers ne peuvent exercer une semblable action judiciaire que s'ils ont un intérêt. Nous nous sommes expliqués, dans des paragraphes précédents, sur la nature de l'intérêt dont devait toujours pouvoir exciper un tiers créancier pour être à même d'exercer une instance en nullité sociale <sup>1</sup>.

C'est cette théorie du défaut d'intérêt qui fait refuser l'exercice d'une semblable action judiciaire au débiteur, car un débiteur n'a aucun intérêt à devoir payer à une société vivante ou à devoir payer à un liquidateur qu'il aura fait nommer, mais dont le premier devoir sera de le contraindre à payer. En outre, la nullité est une sanction attachée à certaines dispositions que le législateur croit nécessaire d'ordonner dans un but de protection; cette protection couvre certaines personnes, c'est-à-dire les associés eux-mêmes, les créanciers, les porteurs de parts bénéficiaires; eux seuls sont les *intéressés* auxquels les articles 7 et 41 de la loi de 1867 accordent l'exercice d'une action judiciaire en nullité.

Quant à la prescription susceptible d'éteindre l'action en nullité fondée sur une absence, ou sur une insuffisance de publicité légale, elle nous paraît être la prescription décennale, soit celle de l'article 8 nouveau de la loi de 1867, ou de l'article 10 de la loi de 1925, soit celle de l'article 1304 du Code civil. Cette opinion n'est généralement pas suivie <sup>2</sup>. L'opinion contraire à celle que nous préconisons nous semble

1. Comp. notamment, Poitiers, 31 mars 1924, *J. Soc.* 1926.373.

2. Comp. notamment Pic et Baratin, 237; Houpin et Bosvieux, 1744, § 4; Arthuys, 810; Thaller et Pic, 306.



empreinte d'un caractère vraiment arbitraire et contradictoire. Cette opinion contraire se fonde seulement sur l'ordre public.

Cette argumentation est d'une déplorable facilité.

Nous indiquons, *suprà*, n° 15, 33 et 34, qu'il n'y a pas, à proprement parler, une troisième famille de nullités, les nullités d'ordre public; il y a seulement des dispositions légales qui sont d'ordre public; en ce sens que les parties ne peuvent, par des dispositions contractuelles, aller à leur encontre.

L'article 1134 § 1 dit que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi pour ceux qui les ont faites.

Mais lorsque la convention contractuelle va à l'encontre d'une disposition légale cataloguée comme étant d'ordre public, la convention cesse d'être *légalement* formée, elle ne s'impose plus aux parties; diverses sanctions peuvent être encourues. Au premier rang de ces sanctions figurent les nullités, lesquelles sont classées en deux grandes familles, celle des nullités absolues, qui correspondent à un vice affectant l'existence même de l'acte juridique, et les nullités relatives, qui correspondent à un vice affectant les conditions mises par la loi à sa régularité ou à sa perfection.

Mais la notion d'ordre public, appliquée à une nullité, est tout à fait parasitaire, principalement parce que cette notion d'ordre public ne s'applique pas à la nullité, mais à la disposition légale dont l'inobservation a donné naissance à une action judiciaire en nullité.

Dire qu'une nullité est imprescriptible parce qu'elle est d'ordre public, c'est entasser des mots sur des mots, sans comprendre ce à quoi s'applique exactement la notion d'ordre public, et c'est aussi aller délibérément à l'encontre d'un nombre important de textes législatifs qui, tous, édictent des prescriptions de trente ans (article 2262), ou de dix ans (article 1304; article 10 de la loi du 7 mars 1925; article 8 de la loi de 1867), pour des actions judiciaires en nullité qui sont une sanction attachée à l'inobservation d'une disposition légale d'ordre public. Enfin, on ne peut méconnaître que les dispositions légales qui sont sanctionnées par une peine criminelle sont, au premier chef, des prescriptions d'ordre public; ce sont celles qui donnent naissance à la prescription la plus courte (article 638 du Code d'instruction criminelle), toute action civile en responsabilité pécuniaire s'éteignant au bout de trois ans, par cela seul que l'acte dolosif est susceptible d'être qualifié de délit (voir *suprà*, n° 36, note 1).

Par conséquent, il est manifeste que le législateur n'a jamais entendu rendre imprescriptible une action judiciaire en nullité ou en responsa-

bilité par cela seul que l'infraction commise allait à l'encontre d'une disposition que ce même législateur impose à la volonté des parties. Et on ne comprend pas l'acharnement avec lequel est poursuivie l'infraction commise à l'encontre des articles 55 et 56 (ou des articles 12 et 13 de la loi du 7 mars 1925), cette infraction arrivant à constituer, — on ne sait pourquoi, et on n'a jamais dit pourquoi, — une infraction unique en son genre et à laquelle ne peut être appliquée aucune des règles normales et de droit commun.

Les règles relatives à la publication des actes constitutifs s'appliquent à toutes les modifications qui interviennent, au cours de la vie sociale, dans le contexte des statuts ou dans la liste des associés (voir *suprà*, n° 31). La nullité qui est la sanction d'une inobservation de cette disposition légale, que prononce l'article 17 de la loi de 1925, est une nullité relative, d'abord en ce sens que les associés ne peuvent toujours pas l'opposer aux tiers, ensuite parce que cette nullité ne frappe que les conditions de validité de l'opération sociale qui aurait dû être publiée et qui ne l'a pas été.

Du reste, toutes les discussions qui, à l'occasion de la loi de 1867, se sont produites au sujet d'une insuffisance de publicité se retrouveront à l'occasion des sociétés à responsabilité limitée.

La nullité est une sanction posée par le législateur pour couvrir une des dispositions qu'il veut faire respecter, très généralement dans un but de protection. La nullité résultant d'une inobservation posée par le législateur en matière de publicité légale ne peut s'analyser que comme une inopposabilité.

Cette inopposabilité peut être invoquée par un associé; dans ce cas, l'inopposabilité aboutit à une nullité sociale, c'est-à-dire à la liquidation d'une entreprise qui ne peut pas être opposable à certains des membres qui la composent et inopposable à certains autres.

Cette inopposabilité peut être invoquée par un tiers, étranger à la société. Dans ce cas, on ne voit pas pourquoi cette inopposabilité, réelle et certaine, aboutirait à une nullité sociale; on comprendrait mieux qu'elle n'aboutisse qu'à une nullité des actes contractuels passés entre ce tiers et la société, qui, pour lui, et pour lui seulement, n'est qu'un fantôme.

De toute manière, lorsque l'on ne se trouve pas en présence d'une société clandestine, viciée par le fait d'une absence totale de publicité, mais bien seulement d'une société à l'occasion de laquelle ne fut faite

qu'une publicité insuffisante, la nullité qui est la sanction de l'infraction commise se trouvera limitée aux clauses non publiées; la société sera intrinsèquement valable, car elle n'est pas, à proprement parler, une société clandestine. Seulement certaines des clauses qui devaient être portées à la connaissance des tiers ne l'ont pas été. Ces clauses sont inopposables aux tiers. Et comme, de ce fait, il peut résulter pour l'ensemble des associés une situation intolérable, on peut autoriser l'un des intéressés à demander la liquidation anticipée d'une entreprise susceptible de provoquer de semblables déboires.

Une application particulière de cette théorie peut être faite à l'occasion de l'article 34 de la loi de 1925. Ce texte exige la publication de la clause statutaire qui attribuerait aux parts un intérêt intercalaire (voir *infra*, chapitre II, n° 44). Le texte dit que la publication doit avoir lieu à peine de nullité. Mais cette nullité ne concernera que la clause statutaire se rapportant à ce dividende intercalaire. Autrement dit, au cas où les statuts d'une société à responsabilité limitée viendraient à stipuler, en faveur des associés, la distribution d'un dividende payé en dehors de tous bénéfices d'exploitation pendant une période de travaux préparatoires, cette clause doit être publiée. Mais l'omission de la publication légalement imposée n'entraîne pas la nullité de la société tout entière si, par ailleurs, toutes les autres formalités requises sont ponctuellement observées. Seule, la clause se rapportant au dividende intercalaire sera inopposable. Il s'en suivra que les dividendes qui viendraient à être distribués en cette période préparatoire seraient des dividendes fictifs, donnant ouverture aux diverses sanctions que le législateur a ordonnées (voir *infra*, n° 45).

L'article 18 impose, à toutes les sociétés à responsabilité limitée, une publicité permanente dont nous avons relevé les différents éléments *supra*, n° 29.

La sanction, en ce cas, n'est pas une nullité, mais une peine.

Nous en avons étudié le *quantum*, les caractéristiques, les modalités.

Enfin, la publicité légale est aujourd'hui complétée par la loi spéciale sur le registre du commerce, loi du 18 mars 1919.

Les dispositions de cette loi sur le registre du commerce devraient avoir une importance pratique considérable, car c'est d'après elles que devraient se régler beaucoup des discussions susceptibles de se produire en matière de présomption de connaissance, ou d'ignorance, des clauses statutaires.

L'omission de cette formalité de publicité essentielle n'est pas sanc-



tionnée par une nullité, ce qui peut éclairer les interprètes des textes juridiques quant aux véritables intentions du législateur. Les règles sur la publicité par le registre du commerce sont pratiquement plus importantes que celles sur la publicité par les dépôts dans les greffes ou l'insertion dans un journal d'annonces légales. Elles n'engendrent cependant pas une nullité.

Elles engendrent une peine, qui consiste en une amende civile, ayant le caractère d'une astreinte, ou d'une amende d'enregistrement.

Cette peine est prononcée par le Tribunal de Commerce; elle est prononcée contre la société elle-même, et non pas contre les représentants légaux de la société, c'est-à-dire ses gérants.

Au contraire, revêt un caractère pénal l'infraction visée par l'article 19 de la loi du 18 mars 1919, et commise par l'auteur d'une déclaration inexacte, faite de mauvaise foi, en vue d'une immatriculation au registre du commerce<sup>1</sup>.

1. Comp. *suprà*, n° 30. — Voir pour l'étude approfondie de la question, Copper Royer, t. I, n° 124 bis.

## CHAPITRE II

### DROITS ACQUIS PAR LES ASSOCIÉS

**43. Droit aux bénéfices annuels et au reliquat actif en cas de liquidation.** — Tout actionnaire d'une société anonyme acquiert, par le fait même de sa souscription, un certain nombre de droits essentiels, analogues à des *sonderrechte* du droit allemand, droits essentiels que les conventions particulières des parties peuvent développer ou minorer, sans pouvoir jamais arriver à les supprimer totalement.

Ces droits essentiels consistent dans le droit de recevoir une quote-part des bénéfices annuels et de percevoir une quote-part de l'actif en cas de liquidation; — dans le droit de participer au gouvernement de l'entreprise sociale; — dans le droit de négocier sa créance sociale; — dans le droit de contrôler les opérations faites au nom de tous par les représentants légaux de la société; — dans certains droits judiciaires.

La société à responsabilité limitée est de la même essence que la société anonyme; toutes les deux sont des sociétés de capitaux et non pas des sociétés de personnes. Il est donc naturel que la société à responsabilité limitée confère des droits analogues à ceux que confère la société anonyme. Mais nous avons indiqué, *suprà* n° 3, que la société à responsabilité limitée se rapprochait plus que la société anonyme de la frontière qui sépare les sociétés de capitaux des sociétés de personnes; il est tout naturel que les droits essentiels des associés soient modifiés en ce qui concerne certains de leurs éléments, particulièrement à l'égard des documents susceptibles de matérialiser le droit de l'associé et quant aux facilités de négocier le droit social.

En outre, le droit de l'associé est, comme le droit de l'actionnaire, un droit purement mobilier, s'analysant comme un droit de créance sociale, la société elle-même jouant le rôle de débiteur.

Mais le créancier social ne peut faire valoir l'un quelconque de ses droits à l'encontre, ou au préjudice d'un tiers. Les tiers ont un droit préférentiel.

Enfin, le droit de créance sociale qui appartient à l'associé tout

comme à l'actionnaire est un droit d'essence collective, en ce sens que les modalités de ce droit, ou que ses conditions d'exercice, sont fixées par les décisions que prend la majorité des associés; si elles sont régulièrement prises, les décisions qui émanent de la majorité s'imposent à toutes volontés individuelles dissidentes, mais minoritaires.

Cependant, la majorité ne peut jamais supprimer, par voie directe ou par atteinte indirecte, l'un quelconque des droits essentiels que confère toute souscription.

Le premier des droits essentiels que possède celui qui adhère à une société à responsabilité limitée, c'est un droit de participation dans les résultats bénéficiaires de chaque exercice, et, aussi, de participation dans les résultats de la liquidation de l'entreprise, celle-ci une fois venue à expiration.

Ce droit n'est du reste qu'une conséquence de l'article 1855 du Code civil, texte applicable à toutes les sociétés, quelles qu'elles soient, et, par conséquent, pouvant être invoqué par tous les associés, quels qu'ils soient.

C'est seulement en obéissant aux principes généraux s'imposant pour l'établissement de tout bilan ou de tout inventaire que les bilans de toute société à responsabilité limitée peuvent être régulièrement établis, et c'est encore sous la condition de leur stricte observance que des bénéfices peuvent être réputés acquis <sup>1</sup>.

C'est au gérant à établir les comptes de la société et à veiller à leur bonne tenue et à leur exactitude; c'est par ailleurs aux assemblées générales d'associés à connaître de ces comptes, à les approuver et à ordonner les distributions qui peuvent être effectuées entre tous ayants droit. (Voir *infra*, n° 69, sur les fonctions des gérants, et n° 80 et suiv., sur le rôle et les pouvoirs d'une assemblée générale ordinaire).

Tout d'abord, les associés doivent effectuer un certain prélèvement sur les bénéfices qui constituent le solde créditeur du compte annuel des Profits et Pertes.

Ce prélèvement est obligatoire. Il est ordonné par l'article 33 de la loi du 7 mars 1925, lequel ne fait que reprendre les dispositions ordonnées par l'article 36 de la loi de 1867. Les sociétés à responsabilité limitée doivent se constituer à elles-mêmes une réserve, communément appelée *réserve légale*, parce que c'est la loi qui en impose la formation progressive par une disposition que l'on doit considérer comme étant d'ordre public, en ce sens que la loi ne laisse pas aux associés le droit

1. Sur ces principes généraux, voir Copper Royer, t. II, n° 354 bis.



d'inscrire dans leurs statuts une clause disant qu'il ne sera pas constitué de réserve correspondant à celle que préconise l'article 33.

Le prélèvement doit être de un vingtième au moins des bénéfices. Il doit être affecté à la formation d'un fonds de réserve.

Il cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint un dixième du capital social <sup>1</sup>.

Comme les fonds correspondant à ce prélèvement demeurent dans la masse des affaires sociales et ne reçoivent ni affectation particulière, ni emploi spécial <sup>2</sup>, on a pu assez raisonnablement émettre des doutes sur l'efficacité de cette disposition législative, dont la principale utilité est de permettre une documentation immédiate sur la productivité des exercices antérieurs, selon que la réserve légale a atteint son maximum ou n'est encore que faiblement dotée.

La réserve légale doit voir le prélèvement qui la concerne opéré avant tout autre prélèvement fait en faveur des associés, pour quelque cause que cesoit, et notamment pour un dividende plus ou moins bien déguisé sous la formule d'une attribution d'intérêts. Beaucoup d'auteurs juridiques admettent la licéité d'une clause statutaire autorisant les actionnaires d'une société anonyme à se distribuer un dividende correspondant à un intérêt des capitaux par eux versés, ce dividende devant être assimilé à une charge sociale, et, comme tel, être contrepassé au débit des frais généraux. Il y a ainsi là un prélèvement dont bénéficient les actionnaires avant que ne se calcule la réserve légale <sup>3</sup>.

Nous n'admettons pas cette doctrine, qui est manifestement le fruit d'une confusion entre ce qui est possible dans une société de personnes et ce qui n'est pas possible dans une société de capitaux.

L'apport fait en vue de former le capital d'une société de capitaux doit être ferme, intégral, définitif; il ne peut être fait sous la condition de retirer certains fruits de ce capital, alors même que ces fruits n'auraient pas été produits. Un associé qui se libère en ne remettant que sous condition les capitaux qu'il verse ne se libère pas intégralement.

Presque toute la jurisprudence qui est produite par les auteurs qui soutiennent l'opinion que nous combattons s'est manifestée à l'occasion de sociétés de personnes, ce qui lui enlève toute force probatoire quand on la transpose dans le domaine des sociétés de capitaux.

1. Comp. en ce sens, Lépargneur, 39; Drouets, 416; Folliet, p. 172.

2. Sur le caractère obligatoire de cette réserve et sur les modalités du prélèvement, voir Copper Reyser, t. II, n° 357.

3. Comp. notamment Houpin et Bosvieux, 1401; Lyon-Caen et Renault, 553; Thaller et Pic, 517; Lacour et Bouteron, 405.

Enfin, l'article 34 de la loi de 1925 autorise la distribution de dividendes intercalaires, mais sous certaines conditions impérativement exigées et pendant une période de travaux préparatoires que le législateur a toujours pensé devoir être assez courte. Par une déduction très facile, on peut voir dans cet article 34 la condamnation de tout dividende intercalaire à qui les statuts donneraient un caractère permanent<sup>1</sup>.

**44. Du dividende intercalaire.** — Le dividende intercalaire est celui qui est attribué aux associés d'une entreprise pendant la période où s'effectuent des travaux d'installation, de premier établissement, ou de mise en route industrielle, période forcément improductive.

L'article 34 de la loi de 1925 a apporté à ce sujet certaines indications qui sont d'autant plus précieuses qu'elles constituent une innovation.

Voici ce texte : *Il peut être stipulé dans l'acte de société, mais seulement pour la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux qui, d'après l'objet de la société, doivent précéder le commencement de ses opérations, que les associés auront droit à des intérêts à un taux déterminé, même en l'absence de bénéfices. L'acte de société détermine cette période.*

*Cette clause doit, à peine de nullité, être insérée dans l'extrait de l'acte publié dans un journal d'annonces légales en vertu de l'article 13.*

*Le montant des intérêts ainsi payés doit être compris parmi les frais de premier établissement et réparti avec ces frais, suivant le mode et dans le délai que doivent fixer les statuts, sur les années qui présenteront des bénéfices.*

Donc, le dividende intercalaire devient licite pour les sociétés à responsabilité limitée.

Mais si le législateur admet le principe de la licéité du dividende intercalaire, il pose des conditions très strictes. L'une de ces conditions est expressément sanctionnée par une nullité.

Il faut convenir que les autres conditions ne peuvent manquer de recevoir une sanction analogue, car tout, ici, rentre dans le domaine de l'ordre public. La formation du capital, sa libération intégrale, l'interdiction pesant sur les associés quant à toute reprise partielle de ce capi-

1. Sur la réserve légale, voir Copper Royer, t. II, n° 357; sur les réserves statutaires, exceptionnelles, et sur les amortissements, voir Copper Royer, t. II, n° 358 et suiv. — Indiquons simplement que la réserve exceptionnelle doit être, en dehors de toute clause statutaire, votée, dans tous les cas, par l'assemblée générale extraordinaire, alors qu'au contraire les amortissements doivent être pratiqués d'office par le Conseil d'administration lorsqu'il dresse le bilan, étant de son strict devoir de ne pas surestimer les éléments actifs. Indiquons encore le danger présenté par des amortissements trop considérables, qui créeraient ainsi des *réserves occultes*.

tal au cours de la vie sociale, tout, en cette matière, est d'ordre public<sup>1</sup>.

L'article 34 autorise une semblable reprise partielle; cette reprise est contraire au droit commun, et le législateur ordonne à son sujet cinq conditions. Toutes les cinq doivent être considérées comme sanctionnées par une nullité de la clause statutaire.

Il faut :

Que le dividende intercalaire ne corresponde qu'à un intérêt d'argent;

Que sa distribution soit expressément prévue et autorisée par une clause des statuts;

Que cette distribution ne soit autorisée que pour la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux indispensables pour la mise en œuvre des opérations sociales;

Que la diminution d'actif qui en résultera soit compensée en comptabilité par un poste actif amortissable dans des conditions et à une cadence que les statuts doivent préciser;

Il faut enfin que cette clause anormale des statuts soit publiée et dûment portée à la connaissance des tiers.

Si toutes ces conditions ne se trouvent pas remplies (et non pas seulement la dernière) la clause statutaire peut être déclarée nulle. La conséquence en sera que le dividende qui aura été distribué pourra être argué de fictivité entraînant la responsabilité des gérants et même celle des associés qui ont touché le dividende irrégulier que l'article 35 déclare récupérable.

Nous indiquerons seulement ici que la période pendant laquelle des dividendes intercalaires peuvent être distribués doit être statutairement fixée. Elle peut être fixée soit d'une manière précise, en indiquant par exemple que les dividendes intercalaires pourront être distribués pendant les trois premiers exercices sociaux. Elle peut aussi être fixée

1. Comp. en sens opposé, Pic et Baratin, 319 *bis*. L'opinion de ces auteurs va jusqu'à un extrême : elle autorise une clause d'intérêt fixe. Cette opinion est inadmissible. Elle est en opposition avec les principes les plus essentiels (on est tenté de dire : les plus sacrés) en matière de sociétés de capitaux. La solvabilité de la société se résume dans son capital. Autoriser les associés à reprendre ce capital, morceau par morceau et en catimini, sous la forme d'intérêts payés à un capital qui n'a pas produit de fruits distribuables, c'est autoriser la désagrégation hypocrite de ce capital à la formation duquel le législateur a attaché les plus rigoureuses sanctions.

La clause d'intérêts fixes alloués au capital en cas de non-productivité de l'entreprise sociale équivaut à une clause de réduction de capital par remboursement aux actionnaires; la jurisprudence condamne formellement (et à juste titre) toute opération de cet ordre.

On peut opposer à cette opinion de MM. Pic et Baratin une opinion théoriquement opposée de MM. Thaller et Pic, n° 1174.



d'une manière imprécise, le texte statutaire se contentant de reproduire les termes dont le législateur s'est servi, et de dire que les dividendes intercalaires pourront être distribués pendant la période de temps nécessaire à l'exécution des travaux, quelle qu'en soit la durée.

Mais les tribunaux demeurent juges des abus qui pourraient être commis. Et la faculté que la loi laisse ainsi aux intéressés devient de ce fait trop dangereuse pour que tous les intéressés n'agissent à cet égard qu'avec la plus grande prudence.

Le dividende intercalaire est une perte. Cette perte doit être inscrite au bilan, dans les comptes débiteurs; ils peuvent être englobés dans les frais du premier établissement.

Mais le législateur déclare, en l'alinéa 3 de l'article 34, que ces frais de premier établissement doivent être amortis. Le législateur ne les considère donc pas comme un élément d'actif véritable. Il a raison. Mais il est intéressant de noter cette disposition de législation comptable, dont les manifestations sont aussi prudentes que rares.

Cet alinéa 3 laisse aux intéressés le soin de régler statutairement la cadence et les modalités de l'amortissement. Et on constate aussi que le législateur semble prévoir que l'amortissement d'une valeur active sans productivité réelle ne peut se faire que sur des comptes créditeurs de profits et pertes, c'est-à-dire lorsque les comptes d'exploitation se soldent en bénéfice. Il y a là une affirmation très hasardée.

L'amortissement d'un compte débiteur sans productivité réelle doit s'effectuer chaque année, alors même que l'exploitation se solderait par une perte, perte qu'un amortissement nécessaire ne fera qu'augmenter<sup>1</sup>.

**45. Du dividende fictif ou irrégulier.** — Le dividende fictif est celui dont la distribution aux associés provoque une diminution des valeurs actives destinées à contrebalancer le poste créateur du capital social.

L'article 35 de la loi de 1925 déclare que *la répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis est admise contre les associés qui les ont reçus*.

La définition que la loi donne ainsi du bénéfice fictif n'est pas absolu-

1. Comp. dans le sens que nous préconisons, Lépareur, n° 42.

Comp. en sens opposé, Pic et Baratin, n° 319. D'après ces auteurs, la loi devrait s'interpréter comme laissant aux intéressés la plus entière liberté, et presque la plus entière licence, pour amortir quand bon leur paraît ce poste improductif, véritable report débiteur de profits et pertes. Cette opinion est assez osée.

ment exacte, car un dividende distribué sur la présentation de comptes faisant état d'un bénéfice discutable ou inexact ne sera pas, à proprement parler, un dividende fictif si, parmi les comptes créditeurs du bilan, figurent des réserves qui peuvent compenser les exagérations que l'expertise du compte de profits et pertes révélerait.

Nous avons vu, très rapidement d'ailleurs, *suprà*, n° 40, la sanction d'ordre pénal qui frappe les distributions de dividende fictif, en nous contentant de renvoyer aux traités généraux.

La distribution d'un dividende fictif entraîne en outre des sanctions d'ordre purement pécuniaire.

L'article 35 de la loi de 1925 commence par établir une règle dont le principe est nettement opposé à celui qui est admis pour les sociétés anonymes : le dividende fictif est récupérable sur les associés d'une société à responsabilité limitée.

L'action en répétition se prescrit par cinq ans à partir du jour fixé pour la répétition des dividendes.

C'est, sans doute, intentionnellement, que le législateur a fixé ce délai de cinq ans pour l'apparenter avec celui qui est fixé par l'article 2277 du Code civil, déclarant prescrites par cinq ans toutes actions en restitution des intérêts des sommes prêtées et généralement de tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts.

L'article 10 de la loi du 24 juillet 1867 déclare au contraire qu'aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aurait été faite en l'absence de tout inventaire, ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire.

La solution différente s'explique par la différence de fait qui existe entre les associés d'une société à responsabilité limitée, dont les droits sociaux strictement nominatifs font que leur personnalité peut toujours être connue, et les associés d'une société par actions qui, grâce aux titres au porteur, demeurent introuvables.

L'action judiciaire en répétition des dividendes distribués sans que les bénéfices effectivement réalisés l'aient autorisé doit être exercée par l'être moral dont la caisse a été irrégulièrement appauvrie, c'est-à-dire par la société elle-même, agissant par l'organe de ses représentants légaux. L'hypothèse est assez difficile à concevoir pratiquement, car les représentants légaux de la société, ce sont les gérants, et on peut admettre que ceux-ci ne seront jamais très enclins à reconnaître qu'un dividende distribué sous leurs auspices est fictif, par crainte des responsabilités individuelles que font, en pareil cas, peser sur eux l'article 25 (responsabilités civiles) et l'article 38, § 3 (responsabilités pénales). Par

ailleurs, en matière de société anonyme, la révocabilité absolue des administrateurs permet d'admettre l'hypothèse d'administrateurs nouveaux dont le premier soin est d'expertiser les comptes établis par leurs prédécesseurs, de les critiquer, et de poursuivre âprement les conséquences de leurs critiques. Mais les gérants d'une société à responsabilité limitée sont bien moins aisément révocables, et leurs fonctions sont infiniment plus permanentes.

Ce sera donc surtout en cas de liquidation ou de faillite que l'hypothèse d'une action judiciaire exercée par le représentant légal de la société demeure pratiquement admissible.

Cette action judiciaire paraît aussi pouvoir être exercée par les créanciers de la société qui ont un intérêt certain à ce que ne se produise pas l'appauvrissement irrégulier créé par la distribution d'un dividende qui a pour conséquence de diminuer le capital que les associés ont déclaré mettre en commun pour assurer la solvabilité de la société qu'ils constituaient <sup>1</sup>.

Les associés devront reverser dans la caisse sociale les sommes qu'ils en ont individuellement perçues. Mais ils ne sont tenus que dans la mesure de ce qu'ils ont touché. Aucune solidarité n'existe entre eux pour la reconstitution du patrimoine social. Si donc certains associés deviennent, entre temps, insolvables, la société subira la perte résultant de cette insolvabilité.

Mais elle aura un recours en indemnité contre les gérants par la faute desquels les comptes irréguliers ont été établis.

Par contre, les associés ne peuvent exciper de leur bonne foi pour échapper à l'action judiciaire tendant à la restitution du dividende indûment perçu et à la reconstitution du capital social irrégulièrement diminué. Cette action judiciaire n'a pas pour fondement une faute commise, comme l'action judiciaire en indemnité qui peut être dirigée contre les gérants, et qui, elle, présente le plus souvent un caractère solidaire. C'est une action en restitution de l'indû qui trouve sa raison d'être juridique dans l'article 1376 du Code civil : *Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.*

Peu importe donc la bonne foi des associés qui ont perçu le dividende

1. Comp. cependant Civ. rej. 17 novembre 1914, D. P. 1917.1.61. — Cet arrêt décide que, en cas de paiement de l'indû, les dispositions de l'article 1376 du Code civil doivent être considérées comme limitatives, de telle sorte que l'action judiciaire en restitution n'appartient directement qu'à celui qui a versé la somme réclamée, ou à ses cessionnaires ou subrogés.



irrégulier, peu importe l'ignorance où ils étaient de l'insuffisance des comptes qui leur ont été présentés; peu importe qu'ils démontrent même qu'ils furent les premières victimes d'un dol savamment machiné. Ils doivent. Ils doivent restituer par cela seul que l'Etre moral leur a versé une somme dont il ne devait pas se dessaisir. Il y a eu paiement de l'indû.

L'action judiciaire qui peut, en pareil cas, être exercée contre chaque associé est une action strictement individuelle, chaque associé ne pouvant se voir réclamer que la somme par lui touchée, chaque associé devant, en principe, être assigné devant le tribunal de son domicile.

Cependant, si, par une clause statutaire qui est assez fréquemment admise, tous les associés avaient fait attribution de juridiction aux tribunaux du siège social, une assignation peut être valablement lancée pour faire comparaître individuellement chaque associé devant cette juridiction acceptée par contrat.

La souscription donnée aux actions émises par une société anonyme revêt un caractère commercial, sans, pour cela, rendre commerçant l'actionnaire, car la qualité de commerçant ne s'acquiert que par l'accomplissement habituel d'actes de commerce.

Seulement, le caractère commercial de cette souscription rend le souscripteur justiciable du tribunal de commerce, pour tout ce qui concerne sa souscription ainsi que toutes les opérations traitées par la suite entre l'actionnaire et la société.

Une règle identique doit être admise pour les associés d'une société à responsabilité limitée, dont le caractère intrinsèquement commercial est absolu (article 3, loi du 7 mars 1925.)

Nous rappelons que le dividende imprudent n'est pas un dividende fictif.

Le dividende fictif est celui qui, distribué en dehors de tout bénéfice effectivement acquis, aboutit nettement à une diminution abusive des valeurs actives qui doivent toujours exister en contrepartie du poste créateur du capital social. Le dividende fictif diminue le capital social et rend mensongère l'indication qu'en donnent les statuts.

Le dividende imprudent est celui qui correspond bien à des bénéfices, si l'on entend par bénéfices le total des comptes débiteurs comparé au total des comptes créditeurs. Seulement, il existe, parmi les comptes débiteurs de l'actif, des comptes trop considérables de valeurs immobilisées, de telle sorte que les valeurs disponibles ou réalisables n'arrivent pas à contrebalancer les comptes créditeurs de valeurs exigibles.

Il s'en suit que la société peut, avec un excédent d'actif, ne pas faire honneur à ses affaires, être protestée, peut-être même être mise en faillite. Un dividende qui serait distribué dans de semblables circonstances serait notoirement imprudent. Il ne serait cependant pas fictif, au sens juridique du mot.

Sa distribution, — qui aura peut-être pour la société des conséquences excessivement fâcheuses, — ne pourra cependant pas donner ouverture à une action judiciaire en restitution.

Il n'y a pas eu paiement de l'indû.

La distribution d'un dividende fictif constitue, tant par elle-même que par l'établissement des comptes erronés grâce auxquels sa déclaration a pu être acceptée par les associés, une faute à la charge des gérants.

L'article 25 de la loi du 7 mars 1925 rend les gérants responsables, *conformément aux règles du droit commun*, des infractions aux dispositions de la loi, des violations des statuts, des fautes commises par eux dans leur gestion.

La distribution d'un dividende fictif entraîne donc pour les gérants qui, de bonne ou de mauvaise foi, ont dressé des comptes erronés, — proposé l'acceptation de ces comptes, — et présidé à la distribution du dividende qui en fut le corollaire, un germe de responsabilité.

Peu importe que l'article 25 de la loi ne vise pas expressément l'hypothèse d'une distribution de dividende fictif, comme le fait l'article 44 de la loi de 1867 <sup>1</sup>.

Il faut cependant reconnaître que le législateur de 1925 a, par une différence notoire avec ce qu'a décidé le législateur de 1867, autorisé, à l'encontre des associés eux-mêmes, l'action judiciaire en répétition du dividende irrégulièrement distribué. Par conséquent, le dividende qui fut distribué à tort est assimilé au paiement de l'indû. Par conséquent aussi, le débiteur direct de cette somme indûment payée, c'est l'associé qui l'a touchée, ce n'est pas le gérant qui l'a payée.

Ce dernier ne peut donc être responsable que des conséquences de sa faute, c'est-à-dire des sommes que certains associés n'auront pas restituées malgré les poursuites qui auront été dirigées contre eux, comme encore de tout le préjudice complémentaire que la société aura pu éprouver du fait de l'appauvrissement qui lui a été infligé durant un temps plus ou moins long.

Les tribunaux demeureront seuls juges de cette dernière question.

1. En ce sens, Pic et Baratin, 324; Lépargneur, 41.

Tout litige sur ce point est soumis aux principes posés dans les articles 1149 et 1150 du Code civil, l'article 1151 ajoutant que dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

Autrement dit, tout demandeur devra justifier d'une relation directe de cause à effet entre la faute dont il est argué et le préjudice dont il fixe plus ou moins raisonnablement le montant.

Les gérants peuvent ne pas être seuls à voir leur responsabilité engagée du fait d'une distribution de dividende fictif précédée de la présentation de comptes erronés : les membres du Conseil de surveillance verront leur responsabilité engagée au même titre, bien que sous une forme plus diluée.

Nous avons indiqué tout à l'heure la différence qui séparait le dividende fictif du dividende imprudent. Le dividende imprudent ne constitue pas un paiement de l'indû. Il ne peut être réclamé aux associés qui l'ont touché.

Mais la distribution de ce dividende imprudent peut constituer une faute, sans jamais pouvoir constituer un délit. Et les gérants peuvent être rendus responsables de cette faute et être appelés à en réparer individuellement les conséquences d'ordre commercial <sup>1</sup>.

L'action judiciaire en responsabilité intentée contre les gérants aura généralement un caractère social, étant fondée sur un fait que tous les associés peuvent invoquer au même titre et sur un pied d'égalité, et devant aboutir à un résultat qui procurera un bénéfice collectif à la masse des associés, sans qu'aucun d'entre eux puisse en revendiquer une fraction individuelle.

Une action judiciaire en responsabilité ne pourrait être intentée contre les gérants à titre individuel pour distribution de dividende fictif que si le demandeur justifiait d'un préjudice personnel par lui éprouvé du fait de la faute commise par le gérant. Par préjudice personnel, on doit exclusivement entendre un préjudice distinct, par sa cause, par ses effets, par ses modalités, du préjudice collectif éprouvé par la masse commune et indistincte des associés.

Car un associé subit toujours un préjudice individuel à raison du préjudice collectif que subit le patrimoine social, la diminution de la

1. Sur les responsabilités en cas de distribution de dividende irrégulier dans une société anonyme, voir Copper Royer, t. II, n° 364.



richesse collective entraînant une diminution de la valeur vénale des parts sociales qui figurent dans le patrimoine individuel de chaque associé.

Mais c'est, à notre avis, avoir une fausse conception des actions sociales et des actions individuelles que d'estimer qu'une action sociale peut, pour cette seule raison, se transformer à volonté en action individuelle.

Pour nous, l'action individuelle n'existe que si le demandeur apporte la démonstration précise d'un préjudice distinct que les autres associés n'ont pas éprouvé eux-mêmes, sur un pied d'égalité.

L'associé qui veut pouvoir utilement intenter une action individuelle doit démontrer l'existence, pour lui ou pour son patrimoine, d'un préjudice particulier formant une sorte de contrepartie aux avantages particuliers dont parle l'article 4 de la loi de 1867, et dont jouissent certains associés, à l'exclusion des autres.

Le gérant d'une société à responsabilité limitée n'est pas personnellement un commerçant, mais s'il est lui-même associé, il a fait, en souscrivant, un acte occasionnel de commerce qui suffit pour le rendre justiciable du Tribunal de commerce pour tout ce qui concerne sa souscription et ses conséquences (Comp. notamment, *suprà*, dans ce même paragraphe).

La compétence du tribunal de commerce doit être admise même au cas où le gérant n'est lié à la société par aucun contrat de société, car le gérant peut être pris en dehors des associés (article 24, § 1.). En effet, on doit, à notre avis, considérer que le caractère commercial qui imprègne toute société à responsabilité limitée est trop accentué pour ne pas se communiquer au gérant statutaire qui, bien que non relié à la société par une convention d'associé, est tout de même relié à cette société par un consentement qui doit être consigné dans les statuts et faire corps avec eux.

L'action en responsabilité peut donc être intentée contre le gérant et être portée devant le tribunal de commerce.

Mais elle ne paraît pouvoir être portée devant le tribunal du lieu du siège social que si le gérant non associé a, explicitement et individuellement, adhéré à l'attribution de juridiction locale que les associés ont statutairement acceptée. Le gérant peut, en effet, avoir été nommé par un acte distinct, et, d'autre part, l'attribution de juridiction locale peut n'avoir visé que les seuls associés.

L'action en responsabilité des gérants ne paraît pas soumise à la même prescription que l'action en restitution qui ne peut être intentée contre les associés que pendant un délai de cinq ans.

Cette action en responsabilité repose en effet sur une idée de faute commise et non simplement sur une idée de perception indue de fruits assimilés à des fruits périodiques.

Le délai d'exercice de l'action en responsabilité serait donc normalement de trente ans, à moins que les gérants défendeurs ne démontrent que la faute dont il est argué à leur encontre constitue un délit véritable, auquel cas, par une anomalie de la jurisprudence, et même de la loi (article 638 du Code d'instruction criminelle) ces gérants fautifs peuvent se prétendre libérés au bout de trois ans de toutes les conséquences de leurs fautes, par cela seul que ces fautes constituent un délit dont on a négligé pendant trois ans de poursuivre la répression (Voir *suprà*, n° 36, note 1).

On peut donc assister à ce spectacle, assurément peu moral, de défenseurs, tardivement assignés, qui s'évertueront à démontrer que les fautes qu'ils ont commises ont un caractère bien plus grave que celui que leur reconnaissait le demandeur, et que, grâce à cette gravité même, ils doivent être considérés comme libérés, absous, et intégralement déchargés.

**46. Droit sur l'actif en cas de liquidation.** — Le droit pécuniaire acquis par tout associé du fait de son adhésion au pacte social ne porte pas seulement sur les fruits de chaque exercice, mais aussi sur les capitaux qui resteront disponibles en fin de liquidation.

Nous examinons, *infra*, chapitre VII, tout ce qui se rapporte spécialement à la liquidation des sociétés à responsabilité limitée, et, par conséquent, aux droits qui naissent alors au profit de chaque associé.

On peut d'ailleurs admettre que le droit de l'associé est identique dans un cas comme dans l'autre. Mais le droit annuel de l'associé ne porte que sur les produits de la liquidation des comptes d'exploitation propres à l'exercice qui vient de s'écouler. Le droit définitif de l'associé en fin de société porte sur les produits d'une liquidation générale de tous les comptes. L'opération demeure de même nature, mais elle est restreinte dans le premier cas, elle est universelle dans le second.

**47. Droit de participer au gouvernement de l'entreprise sociale.** — Tout associé, dans une société de capitaux, acquiert un deuxième droit essentiel, celui de participer au gouvernement de l'entreprise sociale.

Dans les sociétés anonymes, ce droit essentiel se caractérise par un droit de vote dans les assemblées générales et par un droit d'éligibilité exclusive aux fonctions d'administrateur.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, le droit de participer au gouvernement de la chose sociale se caractérise surtout par le droit de prendre part aux assemblées générales, ces assemblées générales se différenciant au surplus de celles des actionnaires par divers points assez importants.

Nous indiquons, *infra*, chapitre V, les règles propres aux assemblées générales auxquelles peuvent prendre part les associés d'une société à responsabilité limitée.

L'article 28 de la loi du 7 mars 1925 dit que *nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède.*

Ce texte reproduit presque exactement celui de l'alinéa 2 du nouvel article 31, tel que l'avait établi la loi du 22 novembre 1913.

On admettait très généralement que le texte de la loi du 22 novembre 1913 ne faisait pas échec à l'exercice du droit de vote plural qu'une disposition statutaire aurait pu conférer à certaines actions privilégiées<sup>1</sup>.

Le texte de l'article 28 a apporté une entrave à la limitation du droit de vote. A cela, personne ne peut contredire. Quant à la deuxième partie de cet article, affirmant que chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède, on ne peut que voir là une affirmation qui, dépourvue de toute sanction, ne constitue qu'une indication de ce qui doit être suivi lorsque les parties n'en ont pas convenu autrement, par l'effet du pouvoir souverain que leur attribue l'article 1134 du Code civil.

Les mots « nonobstant toute clause contraire de l'acte de société » ne s'appliquent qu'à la première phrase de l'article 28.

Enfin, on ne peut méconnaître que cette deuxième phrase, que nous croyons dépourvue de sanction, avait cependant son utilité. Elle indique nettement que la volonté du législateur a été de faire de la société à responsabilité limitée une société de capitaux, où les votes se décomptent d'après les capitaux apportés et non d'après les personnalités des associés ou leur nombre individuel.

Nous ne pouvons au surplus que renvoyer ici aux observations que nous présentons plus loin quant à la nature intrinsèque des parts et quant aux règles qui président au fonctionnement des assemblées générales dans les sociétés à responsabilité limitée.

Une question délicate se pose de savoir à qui le droit de vote devrait être accordé quand une action est possédée pour l'usufruit par une per-

1. Voir Copper Royer, II, 321 *bis* et 562.



sonne déterminée, pour la nu-propriété, par une autre. Les principes étant les mêmes, les règles d'application doivent être les mêmes en cas de société à responsabilité limitée. Certains préconisent le droit de vote en faveur de l'usufruitier, quelle que soit la nature de l'assemblée. Il doit en être ainsi, dit-on, parce que le droit de gérer l'entreprise sociale est un fruit de l'action, comme le dividende. Or, les fruits appartiennent à l'usufruitier.

L'usufruitier a le devoir, et le droit d'administrer. Or, voter dans les assemblées, c'est faire un acte d'administration.

D'autres adoptent une théorie diamétralement opposée et soutiennent que c'est le nu-propriétaire qui doit exercer le droit de vote en toutes assemblées. En effet, dit-on, l'usufruit n'est pas un démembrement du droit de propriété; c'est une servitude. Or, pour voter dans les assemblées, il faut être associé, c'est-à-dire propriétaire du titre. Et, seul, le nu-propriétaire est propriétaire. L'usufruitier n'est qu'une sorte de *sleeping partner*. Donc, seul, le propriétaire peut voter.

Enfin, les derniers distinguent entre les assemblées ordinaires, où se règlent les questions d'administration, et où doit donc voter l'usufruitier, — et les assemblées extraordinaires, où peuvent être portées des atteintes aux droits originaux des actionnaires, et où doit alors intervenir le nu-propriétaire.

La jurisprudence hésite.

Le droit de vote appartient au propriétaire de la part; celui qui acquiert une part, acquiert, du même coup, le droit de voter dans les assemblées. Mais le droit de l'associé d'une société à responsabilité limitée ne se transmet pas aussi facilement que le droit de l'associé d'une société anonyme : la cession d'une part n'a pas acquis toute sa perfection par la seule réunion des consentements du vendeur et de l'acheteur.

Si l'acheteur est déjà affilié à la société, son acquisition de parts nouvelles n'est opposable à la société qu'après sa signification, ou après acceptation dans un acte notarié. Si l'acheteur est un étranger, un nouveau venu, son acquisition de parts n'est valable que si le cessionnaire est accepté par une assemblée de porteurs représentant au moins les trois quarts du capital social.

Tant que ces diverses formalités ne sont pas remplies, l'acquéreur n'est pas encore devenu, aux yeux de la société, un véritable associé, et le droit de vote appartient toujours au vendeur des parts.

Une autre question délicate se pose lorsqu'il s'agit de savoir si le droit qui appartient en principe à tout associé de voter dans les assemblées

générales continue à pouvoir être utilement exercé par cet associé lorsque la résolution qu'il s'agit d'adopter ou de rejeter intéresse directement cet associé.

Une solution affirmative doit être donnée lorsqu'il s'agit d'un actionnaire d'une société anonyme <sup>1</sup>.

Il semble bien qu'une solution identique doit intervenir lorsqu'il s'agit d'un associé, membre d'une société à responsabilité limitée.

Les principes sont les mêmes.

La société à responsabilité limitée est, comme la société anonyme, une société de capitaux.

Dans les assemblées de l'une ou de l'autre des sociétés de chaque catégorie, les votes sont acquis au prorata des actions ou des parts, lesquelles ne sont que des divisions du capital social. Ce sont donc des fractions capitalistes qui votent, et qui, par leur nombre, et en quelque sorte par leur poids pécuniaire, emportent toute décision.

On ne peut en décider autrement puisque les articles 22 et 31 indiquent que certaines décisions ne peuvent être adoptées que si elles réunissent le consentement d'une majorité d'associés représentant les trois quarts au moins du capital social. Exclure — pour une cause quelconque — un associé qui posséderait à lui seul plus du quart du capital serait rendre toute délibération impossible.

La même argumentation ne peut, sans doute, être produite pour les résolutions prises dans le rayon d'action de l'article 27, mais, là encore, le législateur ne prend en considération que la quotité du capital social. C'est donc bien que les assemblées générales ne sont point tant composées d'associés que de « sacs d'écus qui délibèrent » suivant l'expression profonde et vraie de M. le professeur Bourcart.

Peu importe par conséquent, dans la volonté du législateur, la personnalité qui possède ces sacs d'écus, seule détermination du bulletin de vote dans les assemblées, peu importe la main qui les fait voter.

Ce n'est pas à dire que, certains abus de droit pouvant être commis, la jurisprudence doive se désintéresser d'une minorité manifestement opprimée.

Mais quand y a-t-il oppression d'une minorité, quand y a-t-il abus de droit par un associé majoritaire?

A notre avis, le critérium de l'abus de droit doit se retrouver dans la jurisprudence administrative propre à l'excès de pouvoir ou au détournement de pouvoir.

1. Voir Copper Royer, II, 377, 534 et 546.

Un premier stade certain est le suivant :

Nous avons, à l'origine, uni nos consentements; et nous avons formé une société. Nous avons formé cette société sur des bases déterminées. Nous avons formulé par écrit certaines de ses conditions contractuelles. Il y en avait d'autres que nous n'avons pas écrites parce qu'elles se présupposaient nécessairement. Par exemple, lorsque nous avons convenu que la minorité devrait s'incliner devant les décisions que prendrait une majorité, nous l'avons convenu réciproquement, forfaitairement, par un abandon de droits individuels, par une sorte de mandat que nous nous donnions les uns aux autres.

Mais nous n'avons fait cet abandon mutuel que sous la condition implicite que cette clause, peut-être très rigoureuse en certaines circonstances, serait toujours exécutée de bonne foi, comme l'indique, par une disposition d'ordre général et absolu, le troisième alinéa de l'article 1134 du Code civil. Spécialement, aucun des associés ne doit profiter de ce pouvoir, réciproquement conféré, pour abuser de la puissance que lui donne une prédominance de capitaux concentrée dans ses mains, cet abus se manifestant par des décisions anti-sociales, qui ne peuvent se recommander d'aucune conception de la bonne marche des affaires sociales, suivant une méthode critiquable, peut-être, mais admissible, d'une extrême prudence ou d'une extrême témérité.

Il faut donc, pour qu'il y ait, dans ce premier stade, abus du droit, qu'il y ait manque de bonne foi, ce manque de bonne foi se matérialisant par un sentiment de pur égoïsme et de méconnaissance totale des intérêts de la chose sociale. Il ne suffit pas que la résolution prise apporte par elle-même un certain avantage à l'un des associés, participant au vote. Par exemple, la résolution qui consistera à prêter des fonds à l'un des associés, ou à une tierce entreprise où cet associé a de gros intérêts, ne constituera pas un abus de droit, si ce prêt est fait à des conditions normales et lucratives d'intérêt, sans faire courir à la société prêteuse des risques notoires et immédiats de non remboursement, et sans que les fonds prêtés ne soient manifestement nécessaires à la société qui s'en démunirait du fait du prêt.

De nombreux autres exemples pourraient être donnés.

Il faut convenir que, depuis quelques années surtout, on a beaucoup employé les mots *abus du droit* et on les a souvent employés à tort et à travers. Tout mécontent voit dans l'acte qui l'éclabousse un affreux abus du droit.

La théorie de l'abus de droit a été mise en œuvre à l'encontre même du droit de propriété, lequel, aux yeux de certains juristes, ne devient



guère qu'un usufruit concédé par un propriétaire souverain, l'Etat, qui demeure maître d'imposer cette condition que l'usufruitier doit jouir de sa fortune (qu'il arrive à ne plus faire autre chose que posséder), d'une manière plus conforme au bien de la collectivité qu'à sa volonté ou à sa fantaisie.

Nous ne pensons pas que cette théorie extrémiste soit exacte, ou, du moins, soit conforme aux principes du Code civil. Lequel n'a pas encore été abrogé.

Nous pensons que l'abus de droit ne peut être qu'un frère de l'abus de confiance.

L'abus de confiance n'existe que s'il y a violation d'un contrat préliminaire, qui doit être un contrat de mandat ou un contrat de dépôt.

L'abus de droit peut s'établir sur des bases plus étendues, mais suppose toujours l'existence d'un contrat ayant conféré à une personne déterminée la jouissance ou la possession d'une chose qui ne lui appartient pas en propre, et dont elle ne peut user que suivant des conditions contractuelles écrites ou implicites. Mais nous voilà déjà entraînés au delà du premier stade où nous avions voulu nous borner. L'abus de droit est une matière trop vaste pour que nous puissions la traiter dans la présente étude. Nous n'avons voulu que la faire apercevoir, puisque nous devions en parler.

Le droit de participer au gouvernement de la société entraîne, dans les sociétés anonymes, le droit exclusif d'être nommé administrateur. Il n'en est pas de même dans les sociétés à responsabilité limitée, où le gérant peut être un mandataire salarié étranger à la société, assimilable par conséquent à un directeur général. Mais ce gérant ne peut avoir de pouvoirs que par la volonté des associés. Ce sont ces derniers qui doivent le nommer, soit par une clause spéciale de l'acte de société, soit par un acte postérieur. Par l'effet de ce vote et de cette désignation du gérant, les associés participent encore au gouvernement de la société, étant libres d'imposer des directives et même des restrictions, ces dernières n'étant pas cependant opposables aux tiers et conservant un caractère interne.

**48. Droit de négocier sa part sociale.** — Dans les sociétés anonymes, ce droit est essentiel. Mais il faut convenir que, dans les sociétés à responsabilité limitée, ce droit est extrêmement élimé, le droit de l'associé n'étant pas susceptible d'être matérialisé par un titre négociable autrement que ne le sont les créances, suivant les formules du droit civil.

Tout associé qui, par son apport, concourt à la formation d'une société dotée de la personnalité morale, transmet la propriété de cet apport à l'Etre moral qui est créé, et ce n'est que par une fiction que, en droit fiscal, il en est décidé autrement.

L'apport passe donc du patrimoine de l'associé souscripteur dans le patrimoine de l'Etre moral.

L'Etre moral paie ce qu'il reçoit ainsi en donnant au souscripteur un droit social, qui ne peut s'analyser que comme une créance, et qui, — au moins si on se place au point de vue purement pécuniaire, — porte sur les fruits annuels provenant de la liquidation des comptes d'exploitation et sur le reliquat actif provenant, en fin de liquidation, de la transformation de tous les biens sociaux en espèces liquides, ou en choses facilement partageables.

En droit civil, les créances peuvent se transmettre, comme tous les biens qui sont dans le commerce, et, par le fait de cette transmission, passer du patrimoine individuel d'un premier propriétaire dans le patrimoine individuel d'un second propriétaire. Mais une semblable cession ne peut s'opérer que dans les termes des articles 1689 et 1690, ce dernier texte précisant que le cessionnaire n'est saisi au regard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur (ou tiers cédé) dans un acte authentique.

Pour toutes les sociétés par actions, ces formalités de droit civil et de droit commun demeurent possibles, mais sont rendues pratiquement inutiles par une extrême facilité de négociation, qui constitue une sorte de privilège, et qui est spécialement accordée à des titres, de forme et de nature spéciales, dont la loi autorise la négociation par les voies commerciales du transfert ou de la tradition.

La société à responsabilité limitée ne peut pas émettre des titres de cette sorte. L'article 21 de la loi du 7 mars 1925 l'interdit expressément. La sanction de cette prohibition est formelle; elle se retrouve notamment dans l'article 37, alinéa 3, qui punit d'une peine correctionnelle, et d'un emprisonnement de quinze jours à six mois, les gérants qui, directement ou par personnes interposées, auront ouvert une souscription publique à des valeurs mobilières quelconques émises pour le compte de la société.

L'article 4, dernier alinéa, renouvelle cette interdiction, et l'article 9 prononce la nullité de la société à responsabilité limitée qui se serait constituée en contrevenant à ces règles.

Le droit social acquis par un associé, souscripteur à une société à responsabilité limitée, ne peut donc se matérialiser par aucun titre

distinct de l'acte social et collectif. La preuve de l'existence de ce droit social ne peut se faire que par la production d'un exemplaire des statuts; — et si le titulaire du droit social est un acquéreur qui s'est substitué au souscripteur primitif, la preuve de sa propriété résultera, suivant les cas, d'une expédition dûment certifiée du procès-verbal de l'assemblée générale ayant accepté la cession faite à ce nouvel associé, ou d'un acte de cession signé par le précédent associé, accompagné d'une copie de la signification par huissier faite à la société, ou d'une expédition de l'acte notarié par lequel la société a donné son acceptation de cette cession.

**49. De la part sociale.** — Nous venons d'indiquer le caractère essentiel de la part sociale. C'est une créance. C'est une créance où celui qui joue le rôle de débiteur est l'Être moral lui-même.

Cette créance est essentiellement conditionnelle, ne portant que sur les fruits reconnus disponibles à la clôture de chaque exercice, et étant par conséquent subordonnée à l'existence même d'un excédent bénéficiaire.

Cette créance porte encore sur la totalité de l'actif existant en cas de liquidation, toutes dettes externes préalablement payées, et toutes charges préalablement éteintes.

Nous venons d'indiquer également que cette créance sociale, qui est d'ordre purement interne, ne peut être matérialisée sous la forme d'un titre, lui-même négociable par les voies commerciales.

Par cela, la part sociale émise par une société à responsabilité limitée a une ressemblance étroite avec la part sociale que possède un commanditaire, dans une société en commandite simple. Mais, malgré cette ressemblance de forme et de négociabilité, la part sociale de la société à responsabilité limitée diffère de la part sociale de la société en commandite simple, en ce qu'elle est, à tous points de vue, une fraction du capital, tandis que la part possédée par le commanditaire n'est que la représentation d'un apport social fait entre les mains de l'associé gérant, indéfiniment responsable, et dont la solvabilité individuelle couvre la solvabilité aléatoire et peut-être insuffisante de la société.

La part de l'associé dans une société à responsabilité limitée est une fraction exacte du capital; les droits qu'elle confère sont exactement proportionnels.

La part du commanditaire est globale; c'est un pourcentage dans les droits généralement quelconques créés sur la société, et ce pourcentage peut n'avoir rien de symétrique.

Enfin, la négociabilité de la part du commanditaire n'est pas légale-



ment réglementée : les parties peuvent, à cet égard, stipuler ce qui leur plaît. Très généralement, les actes sociaux soumettent seulement la cession des parts à l'agrément du seul gérant; encore est-il souvent stipulé que la transmission par décès s'effectuera de plein droit, et sans autorisation.

La négociabilité de la part de celui qui est l'associé d'une société à responsabilité limitée est infiniment plus restreinte, sans qu'on comprenne bien, du reste, pourquoi le législateur en a décidé ainsi. Lorsque la cession s'effectue au profit d'un tiers, non préalablement inscrit comme associé dans les actes sociaux, son admission ne peut se réaliser que sur le consentement d'une rigoureuse majorité d'associés. Nous examinons un peu plus loin toutes les diverses difficultés que peut soulever l'application des textes législatifs en cette matière.

La part sociale ne pouvant être matérialisée par aucun titre, il n'y a pas lieu de distinguer celles des parts qui ont été attribuées en rémunération d'apports de numéraire et celles des parts qui ont pour origine des apports en nature. Toutes sont négociables de la même manière. Les parts qui ont pour origine des apports en nature peuvent être cédées, quel que soit le délai.

Mais, au point de vue fiscal, une distinction doit être faite, à raison des droits d'enregistrement dont l'article 24 de la loi de finances du 30 décembre 1928 impose la perception au cas où la mutation porte sur des parts ayant pour cause des apports en nature, lorsque cette mutation se réalise dans les deux ans qui suivent la constitution de la société.

— Avant 1928, un commerçant désirant vendre son fonds de commerce constituait une société à responsabilité limitée, par exemple. Il payait le droit d'apport, soit 3 %. Il touchait des actions d'apport qu'il cédait à celui qui, dans l'opération normale aurait été l'acheteur. Cette cession était frappée du droit de 0,75 %. Le total des droits payés était de 3,75 %. Les droits que l'opération normale aurait entraînés, auraient été les taxes de 9 % et de première mutation. Beaucoup comprenaient l'utilité d'une telle opération.

La loi du 30 décembre 1928 rétablit le caractère normal de l'opération. En d'autres termes, désormais l'Enregistrement ne considérera plus l'opération décrite ci-dessus comme une cession civile de parts indisponibles, mais comme une vente de fonds de commerce. Et, pour cela, la loi de 1928 prescrit l'individualisation de l'apport qui s'effectuera par l'indication des numéros des actions ou des parts attribuées en rémunération de chacun des apports. L'inobservation de cette dispo-

sition est sanctionnée par la perception du tarif immobilier sur toutes les cessions de parts dans ce délai biennal.

**50. Négociabilité restreinte.** — Nous venons de voir que le droit social acquis par celui qui adhère à une société à responsabilité limitée, par voie de souscription, ou par voie d'acquisition, ne peut, à aucun titre, et sous quelque formule que ce soit, se matérialiser par un titre négociable.

Cependant ces droits sociaux sont dans le commerce. Ils peuvent être transmis; ils peuvent être cédés.

Mais leur transmission demeure soumise au ponctuel accomplissement des formalités prévues par l'article 1690 du Code civil pour les cessions de créance.

En outre, leur cession demeure, de par la loi elle-même, obligatoirement soumise à des conditions de consentement collectif et social, au moins lorsque cette cession s'effectue au profit d'un acquéreur qui n'est pas déjà inscrit dans les actes sociaux comme faisant partie de la société.

Les articles 22 et 23 de la loi du 7 mars 1925 distinguent essentiellement suivant que les parts qu'un associé se propose de céder doivent devenir la propriété d'un co-associé et suivant que ces parts doivent devenir la propriété d'une personne qui ne fait pas encore partie du cercle restreint des associés.

Lorsque la cession se réalise au profit d'un co-associé, lequel ne fait par conséquent qu'augmenter le nombre de ses droits sociaux, la cession s'effectue par la simple réunion des consentements donnés par le vendeur (cédant) et par l'acheteur (cessionnaire).

Néanmoins, cette cession doit être constatée par un acte écrit, notarié ou sous seings privés.

En outre, elle doit être signifiée à la société par acte d'huissier; elle peut encore être acceptée par la société dans un acte notarié, passé conformément à ce qu'ordonne l'article 1690 du Code civil.

Ce n'est que du jour où se produit cette signification par huissier ou cette acceptation donnée en la forme notariée que le cessionnaire possède un droit opposable à la société ou aux tiers.

Par conséquent, si, avant que n'intervienne cette signification, un tiers, créancier du cédant, venait à former une saisie arrêt entre les mains de la société contre tout ce qu'elle peut devoir au cédant, cette saisie arrêt serait opposable au cessionnaire. Peu importe que la cession ait acquis date certaine, comme ayant été soumise à la formalité

avant que ne se produise la saisie arrêt. Il suffit que cette cession n'ait pas encore été signifiée à la société, tiers cédé.

Quant aux effets possibles d'une saisie arrêt pratiquée aux mains d'une société anonyme, on doit distinguer trois hypothèses différentes suivant que la saisie arrêt est pratiquée à l'encontre d'un actionnaire dont les titres sont au porteur, dont les titres sont au nominatif, ou encore dont les titres n'ont pas encore été créés.

La saisie arrêt pratiquée par le créancier d'un associé dans une société à responsabilité limitée rentrera dans une hypothèse un peu différente, car s'il s'agit bien de titres non créés, il s'agit aussi de titres non susceptibles d'être créés.

Dans une société anonyme qui n'a pas encore créé ses actions, l'actionnaire a une créance particulière qui consiste dans le droit de se faire délivrer des titres nominatifs ou au porteur. Le créancier peut saisir ce droit de créance et vouloir l'exercer à son profit.

Rien de semblable n'existe dans la société à responsabilité limitée : aucun titre ne peut être créé. L'associé n'a donc, de ce chef, aucune créance saisissable.

Le créancier ne peut s'opposer qu'à un paiement de fruits, c'est-à-dire au paiement des dividendes annuels, lesquels devront être consignés à son profit, au lieu d'être payés au titulaire des parts.

Les effets utiles de l'opposition se produiraient encore en cas de liquidation des affaires sociales; dans ce cas, la société doit finalement une somme liquide et exigible à chacun de ses associés; celui dont les droits sont frappés d'une saisie arrêt devra subir les effets de l'opposition pratiquée par son créancier.

Mais, en cours de vie sociale, le créancier ne peut transformer sa saisie arrêt en saisie exécution.

Car toute saisie exécution aboutit à une vente aux enchères publiques, Et on ne peut pratiquement pas vendre aux enchères publiques des droits sociaux qui ne peuvent être vendus que sous la condition suspensive d'un agrément de l'adjudicataire par une assemblée générale d'associés réunissant les trois quarts au moins du capital social <sup>1</sup>.

Les conséquences les plus curieuses de cette solution, théoriquement

1. Il y a là une lacune dans la loi, qui paraît du reste avoir fait, au Sénat, l'objet de diverses observations, demeurées sans solution (*J. Off. Sénat*, documents parlementaires, 31 janvier 1925, n° 29).

Comp. dans le sens que nous indiquons, Pic et Baratin, 269; Drouets, 270.

Comp. la doctrine de l'arrêt rendu par la Cour de Douai le 11 mai 1906, D. P. 1909. 2.76.



incontestable, se manifesteront en cas de faillite de l'associé. Le syndic de ce dernier possédera des biens qu'il ne peut pratiquement pas réaliser, ou qu'il ne peut réaliser que sur une adjudication restreinte aux seuls co-associés du failli.

S'il apparaît comme nécessaire de procéder à la réalisation des parts possédées par le failli, le syndic devra demander au juge commissaire l'autorisation de vendre à l'amiable ces parts sociales, conformément à l'article 486 du Code de commerce. Le Syndic devra ensuite s'efforcer de trouver un acquéreur convenable soit parmi les co-associés faisant déjà partie de la société à responsabilité limitée, soit parmi des tiers susceptibles d'être agréés.

Si le Syndic ne peut trouver un acquéreur réunissant les qualités nécessaires, il devra conserver les parts dans la masse des biens dépendants de la faillite. En cas de concordat, les revenus produits par ces parts pourront être spécialement affectés au fidèle paiement des dividendes concordataires.

C'est assurément en cas d'union que les difficultés pratiques de réalisation du capital que représentent les parts se manifesteront avec toute leur acuité.

L'article 23 dit que la cession d'une ou de plusieurs parts peut être réputée définitive si, étant faite à un cessionnaire qui est lui-même déjà associé, la société donne à cette cession son acceptation en un acte notarié.

C'est le gérant qui représente la société. C'est donc le gérant qui devra donner l'acceptation de la société à la cession de parts faite par un associé à un autre associé.

Mais cette acceptation ne peut être donnée qu'en la forme authentique; l'article 1690 et l'article 23 le précisent d'une manière absolue.

Si le gérant est compétent pour donner l'acceptation de la société c'est parce qu'il est le mandataire général de la société. Si le mandat donné au gérant se retrouve lui-même dans un acte authentique, soit parce que les statuts sociaux ont été déposés chez un notaire, soit parce que le mandat conféré au gérant postérieurement à la constitution a été consigné dans un acte fait par devant notaire, aucune difficulté ne peut être soulevée.

Mais il n'en est souvent pas ainsi. Il arrive très fréquemment que les statuts d'une société à responsabilité limitée ne résultent que d'un acte sous seings privés et que le mandat dont est investi le gérant résulte seulement de ces statuts eux-mêmes, ou d'un acte qui fut également rédigé sous seings privés.

Les parties se contentent de justifier de la régularité de la constitution sociale ainsi que des pouvoirs dévolus au gérant par la production d'un journal d'annonces légales.

On peut alors se demander si le gérant, dont les pouvoirs n'ont qu'une telle origine, peut valablement intervenir au nom de la société dont il n'est que le mandataire dans un acte rédigé en la forme authentique.

D'une manière générale, il est très généralement admis que toute procuration donnée à l'effet de concourir à un acte authentique doit elle-même être rédigée en la forme authentique, et ce, à peine de nullité de l'acte auquel intervient le mandataire insuffisamment qualifié<sup>1</sup>.

La Cour de cassation a — en matière de société anonyme, — tranché la question par un arrêt de cassation de la Chambre civile du 4 mai 1925 (D. P. 1927, 1. 14), qui a ordonné la nullité d'une augmentation de capital faite sur une déclaration notariée effectuée par deux membres du Conseil d'administration, lesquels avaient été mandatés à cet effet par une délibération du Conseil prise en la forme ordinaire des délibérations de tout Conseil d'administration, soit hors la présence d'un notaire.

Les principes demeurent les mêmes lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée qui, pour une cause quelconque, doit manifester son consentement dans un acte authentique. Cette société, personne morale, ne peut concourir à un acte matériel que par l'entremise d'une personne physique qui sera son mandataire occasionnel ou son mandataire général, — mais qui ne sera toujours qu'un mandataire<sup>2</sup>.

Et si ce mandataire ne peut, en remontant de documents en documents, justifier de l'existence d'un acte notarié l'habilitant à comparaître ès qualités pour le compte de la masse collective des associés, ses mandants, la doctrine de l'arrêt du 4 mai 1925 paraît devoir lui être inexorablement appliquée.

Lorsque les statuts d'une société à responsabilité limitée ont été rédigés sous la forme d'un acte sous seings privés, la cession de parts

1. Thaller et Pic, 916; Copper Royer, II, 568; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, 1413; Desjardins, conclusions sous Civ. rej. 23 décembre 1885, D. P. 86.1.97; Percerou, note au D. P. 1911.2.25, sous Douai, 15 juillet 1910; Albert Wahl, note au S. 1914.2.97.

2. Sur les discussions qui se sont produites quant à l'interprétation qu'il convient de donner au mandat dont sont investis les administrateurs d'une société anonyme, voir Copper Royer, II, 583.

Comp. surtout Lescot, *Sem. Jurid.*, 1930, p. 365, cet auteur ayant le premier, croyons-nous, émis l'opinion d'un mandat général aboutissant à une véritable représentation de la personne morale incapable d'agir par ses propres moyens.

sociales entre associés ne pourra donc se régulariser que par la forme d'une signification d'huissier.

Si les parties persistaient à vouloir faire donner le consentement de la société par un acte authentique, il faudrait réunir une assemblée des associés; cette assemblée serait elle-même tenue en la forme authentique; elle donnerait au gérant les pouvoirs qui, auparavant, lui manquaient.

**51. Cession consentie à un étranger à la Société.** — Lorsque la cession est faite au profit d'un cessionnaire qui est un tiers, étranger à la société, et non déjà inscrit comme associé dans un acte social, le législateur a organisé une réglementation dont on ne peut méconnaître la sévérité.

L'article 22 précise que *les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social*.

Il faut tout d'abord convenir que la rédaction de ce texte manque de clarté, car il n'est pas facile de comprendre à quoi s'appliquent les mots *représentant au moins les trois quarts du capital social*.

On peut se demander si ces mots s'appliquent aux associés qui ont à se réunir, avec un *quorum* des trois quarts, pour délibérer sur la question de savoir s'il convient d'accepter le cessionnaire proposé, ou de s'y opposer, et qui, une fois réunis et rendus compétents grâce au *quorum* obtenu, délibéreront à la majorité, c'est-à-dire selon les votes obtenus à la moitié plus un des suffrages exprimés, toute abstention étant décomptée.

Ou bien si ces mots s'appliquent à la majorité qui doit intervenir pour autoriser la cession proposée.

Dans le premier cas, un cessionnaire peut être agréé si, un certain nombre de parts s'abstenant de répondre ou d'assister à l'Assemblée, le *quorum* n'atteint que 75 % du capital et si la résolution est adoptée par 38 % du capital social; dans le second cas, les réponses affirmatives devront toujours être données par les trois quarts au moins des parts divisant ce capital.

Une même difficulté d'interprétation se renouvellera quand il s'agira d'interpréter l'article 31, relatif aux assemblées appelées à voter des modifications statutaires et rédigé en termes identiques.

Il paraît plus raisonnable de décider que les changements d'associés doivent être autorisés par une assemblée générale compétente pour voter toutes modifications statutaires.



Le nom des associés devant figurer aux statuts et devant être publié (article 14) il est tout-à-fait logique de faire cette assimilation entre un changement d'associé et un changement de statuts.

Mais la difficulté n'est que déplacée, car il faut alors se demander comment il convient d'interpréter l'article 31.

Il paraît plus sûr, et en même temps plus libéral, d'interpréter l'article 31 comme créant un *quorum*, — qui est des trois quarts du capital social, — et sans l'obtention préalable duquel une assemblée générale n'est point compétente pour délibérer.

Ce *quorum* une fois obtenu, et la compétence de l'assemblée étant dûment constatée, les associés présents délibéreront, et la loi donne à supposer qu'ils délibéreront à la majorité, c'est-à-dire qu'une résolution devra être réputée adoptée si elle réunit la moitié plus un des suffrages exprimés.

Nous noterons tout de suite que de nombreux auteurs déclarent que la majorité des associés doit s'entendre de la majorité par tête d'associé présent ou représenté <sup>1</sup>.

Cette interprétation ne paraît pas pouvoir être admise en présence des termes précis, formels, impératifs, de l'article 28 : *Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions; chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède.*

Il paraît tout de même difficile d'admettre qu'un texte aussi clair veuille dire que, lorsqu'il s'agira de passer au vote, celui qui a cent parts, aura une voix et celui qui a une seule part aura également une voix.

Les abstentionnistes qui, par leur présence, ont servi à assurer le *quorum*, et, par conséquent, à assurer la compétence de l'assemblée à laquelle ils assistent en personnages muets, n'entrent pas en ligne de compte pour le calcul de la majorité.

De telle sorte que l'on pourrait assister à ce spectacle bizarre d'une résolution légitimement votée par une fraction infime des parts sociales, toutes les autres parts sociales ayant, bien que présentes, déclaré s'abstenir.

Ce régime est trop contraire à celui qui est imposé aux sociétés anonymes par les lois du 22 novembre 1913 et du 1<sup>er</sup> mai 1930 pour que la divergence qu'il crée n'apparaisse pas comme singulière.

Lorsque le nombre des associés est inférieur à vingt, les assemblées

1. Houpin et Bosvieux, 1571; Pic et Baratin, 257.

générales peuvent se tenir par correspondance, en ce sens que le gérant pose des questions par lettre et que les associés répondent de la même manière.

Cette manière de procéder présente de graves inconvénients. Mais elle est légale, et les âmes simples que sont, le plus souvent, les associés et les gérants d'une société à responsabilité limitée l'utilisent fréquemment.

Dans ce cas, on peut se demander quand le *quorum* doit être réputé obtenu.

Nous pensons que le *quorum* doit être réputé obtenu lorsque le gérant a reçu une réponse, quelle qu'elle soit, d'une masse d'associés représentant les trois quarts du capital social; peu importe que cette réponse soit déclarative d'une abstention, l'associé répondant qu'il ne veut voter ni *oui* ni *non*.

Sa réponse par lettre missive suffit pour établir le *quorum*.

Les clauses concernant la transmission des parts à une personne étrangère à la société doivent recevoir application aussi bien lorsque la mutation proposée résulte d'une convention à titre gratuit que lorsqu'elle résulte d'une convention à titre onéreux.

Il faut convenir que, s'il en était autrement, rien ne serait plus facile que de tourner les dispositions étroites et sévères posées par le législateur dans l'article 22.

Le législateur n'a évidemment pas prévu le cas d'un donataire, pas plus d'ailleurs qu'il n'a prévu le cas d'un héritier ou d'un légataire. Cependant, son attention avait été attirée sur ces points spéciaux<sup>1</sup>.

Et, d'autre part, les termes de l'article 32 apparaissent comme conçus en termes trop formels, d'une part, trop généraux et trop absolus, de l'autre, pour pouvoir être éludés et pour pouvoir prêter à la moindre discrimination<sup>2</sup>.

**52. Cession par héritage.** — Une question de même ordre se présentera fréquemment à l'occasion des héritiers d'un associé qui vient à décéder au cours de la vie sociale.

Les termes employés par le législateur dans l'article 22 sont catégoriques : *Les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement....*

1. MM. Troullier et d'Ayguarandes, membres éminents du tribunal de commerce de la Seine ont proposé en 1927 d'apporter un additif à l'article 23 pour régler le sort des parts dépendant de la succession d'un associé décédé.

2. En ce sens, Pic et Baratin, 259; Lépargneur, p. 324; Houpin et Bosvieux, 1571.

Tout ce que l'on peut dire, c'est que certaines des personnes qui font entrer dans leur patrimoine individuel les biens antérieurement possédés par un *de cujus* ne sont pas à proprement parler des tiers. L'article 724 du Code civil, générateur de la saisine, déclare que les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession.

Le même texte ajoute que l'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession.

Mais cette nécessité d'un envoi en possession n'est qu'une question possessoire et ne touche pas la question de propriété qui, en cas d'acceptation, est, aux termes de l'article 777, acquise dès l'ouverture de la succession.

L'héritier continue donc la personnalité du *de cujus*, et cela est si vrai que l'article 877 du Code civil déclare bien que les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement.

Par conséquent, lorsque l'héritier, après avoir accepté la succession, demande l'immatriculation à son nom des parts sociales qui étaient originairement la propriété du *de cujus*, la société ne peut exciper de l'article 22 pour dire que l'héritier doit se faire agréer par une assemblée d'associés représentant les trois quarts au moins du capital social.

L'héritier n'est pas un tiers. Le changement d'inscription nominative qu'il demande n'est qu'une modification de pure forme, correspondant à un événement survenu en dehors de la volonté de l'une quelconque des parties intéressées dans l'opération <sup>1</sup>.

La situation du légataire n'est évidemment pas exactement la même que celle de l'héritier.

Cependant, on admet communément que le Code civil a aboli la distinction qui, dans l'ancien droit coutumier, se retrouvait entre l'institution d'héritier et le legs <sup>2</sup>. L'article 1002 du Code civil, après avoir commencé par indiquer que les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier, ajoute : Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les

1. En ce sens, Lépargneur, p. 328; Houpin et Bosvieux, 1571; Pic et Baratin, 261.

2. Comp. notamment sur ce point Demolombe, t. IV, n° 525; Baudry-Lacantinerie et Colin, n° 2256.



legs universels, pour les legs à titre universel et pour les legs particuliers.

Le légataire universel, à qui le testateur donne l'universalité des biens qu'il laissera à son décès, est saisi de plein droit par la mort du testateur, s'il n'y a pas d'héritiers réservataires (article 1006) — et, s'il y a des héritiers réservataires, doit faire une demande en délivrance laquelle en thèse générale, produit effet à compter du jour du décès (article 1005). Quant aux dettes de la succession, le légataire universel en est tenu de plein droit, comme l'héritier *ab intestat* lui-même <sup>1</sup>. Il représente passivement la personne du défunt.

Il paraît donc très légitime de l'assimiler à l'héritier bien que les règles le concernant soient inscrites au Code civil au titre II du livre III, concernant les donations.

Une solution identique devra intervenir en faveur du légataire à titre universel que l'article 1012 charge des dettes du défunt.

On peut donc dire qu'il y a une continuité directe entre la personne du *de cujus* et celle de l'héritier, du légataire universel et du légataire à titre universel.

Il en serait de même de tout ayant droit à titre universel. Si, par exemple, des parts sociales sont possédées par une société anonyme, et si cette société anonyme fusionne avec une autre société anonyme, il y a transmission à titre universel, et le transfert des parts sociales devra s'opérer, par inscription nominative nouvelle, sans que la personnalité de la société absorbante ait à être agréée par une majorité d'associés.

Il est infiniment plus douteux qu'il en soit de même du légataire particulier. L'article 1014 n'accorde à celui-ci qu'un droit à la chose léguée; cependant la doctrine admet que le legs particulier, lorsqu'il est pur et simple, et qu'il porte sur une chose corporelle individuellement déterminée, a pour effet de rendre le légataire propriétaire de la chose léguée au moment où le legs naît par la mort du testateur <sup>2</sup>.

Mais le légataire n'est pas tenu des dettes de la succession (art. 1024). Aucune confusion ne se produit donc, à quelque moment que ce soit, entre son patrimoine et celui du *de cujus*. Le légataire particulier ne peut exercer ni la pétition d'hérédité, ni l'action en partage. Il est en dehors de la succession. Il en est un des créanciers. Il l'est si bien qu'il jouit du droit de demander la séparation des patrimoines <sup>3</sup>.

Par conséquent, le légataire particulier est un tiers.

1. Demolombe, t. IV, n° 117; Planiol, 2757; Baudry-Lacantinerie et Colin, 2371.

2. Demolombe, IV, 548; Baudry-Lacantinerie et Colin, 2486; Planiol, 2788.

3. Baudry-Lacantinerie et Colin, 2509.

C'est un tiers qui bénéficie d'une donation qui, au lieu de se réaliser du vivant du donateur, se réalise au moment de son décès. Dès lors, on comprend mal pour quelles causes un traitement différent de celui du donataire devrait lui être accordé.

Le légataire particulier doit donc se faire agréer par une assemblée générale des autres porteurs de parts au même titre et de la même manière que doit se faire agréer un acquéreur ou un donataire<sup>1</sup>.

En décider autrement paraît peu juridique, et, en tout cas, manquer singulièrement de logique.

Il en serait de même au cas où une société anonyme, propriétaire de parts sociales, ferait apport de ces parts à une autre société, si l'opération qui intervient est un apport pur et simple et non une fusion.

En effet, en cas d'apport pur et simple, il n'y a qu'une transmission à titre particulier, à la différence de ce qui se passe en cas de fusion; en pareille hypothèse, il y a transmission à titre universel.

**53. Cession faite au gérant.** — On s'est demandé si le gérant de la société à responsabilité limitée était un tiers, au sens de l'article 22, s'il avait été nommé gérant sans posséder aucune part sociale, de telle sorte que l'acquisition que, postérieurement, il ferait d'un certain nombre de parts sociales devrait être soumise à l'agrément des associés réunis conformément à ce qu'ordonne l'article 22.

Une réponse affirmative ne paraît pas devoir faire de doute<sup>2</sup>.

Par tiers étrangers, on doit entendre toute personne qui n'est pas déjà affiliée à la société par un contrat de société. Ce n'est que par une fiction que l'ayant-droit à titre universel est censé le continuateur direct de son ayant cause.

Le gérant qui est choisi en dehors du cercle des associés est assimilable au directeur général dont parle l'article 22 de la loi du 24 janvier 1867. Ce texte spécifie bien d'ailleurs que le directeur général est « étranger à la société ». Cette expression, identique à celle que l'on retrouve dans l'article 22 de la loi de 1925, est assez frappante<sup>3</sup>.

En tout cas, on ne peut méconnaître que le gérant qui ne possède aucune part ne paraît lié à la société que par un contrat de louage de

1. Comp. Gain, *Soc. à resp. limitée*, p. 28; Piot, n° 59.

Comp. en sens opposé, Houpin et Bosvieux, 1571; Pic et Baratin, 261.

2. En ce sens, Pic et Baratin, 252; Houpin et Bosvieux, t. II, p. 691, note 4.

3. MM. Auger et Michel, fasc. 71-6, n° 23, se refusent à considérer le gérant non associé comme un tiers, étranger à la société, mais leur argumentation paraît plus défendable en fait qu'en droit.

services. Le contrat de louage de services ne perd pas son caractère intrinsèque par ce seul fait que la rémunération des services apportés à l'entreprise consiste en une fraction des bénéfices de l'entreprise. Il suffit que le locateur de services ne participe pas aux pertes<sup>1</sup>. Si ce n'est pas un associé, ce ne peut être qu'un tiers.

**54. Cession faite à un ancien associé;** — Celui qui a été associé, — puis, qui a cessé de l'être en cédant la totalité des parts qu'il possédait, — devient, à compter de la cession, un tiers étranger à la société.

Si donc, il lui plaît, après coup, de racheter des parts sociales, lesquelles seront peut-être les mêmes que celles qu'il avait précédemment vendues, devra-t-il se faire agréer par une assemblée générale à quorum des trois quarts?

L'affirmative paraît la seule solution compatible avec le texte de l'article 22 de la loi de 1925 : ce texte vise *les tiers étrangers à la société*. Et, pour savoir si une personne est un tiers, étranger à la société, il faut se placer au moment où se réalise l'opération de transmission de parts visée par le législateur. On est *étranger à la société*, lorsque, au jour où se produit la cession théoriquement soumise à l'agrément, le cessionnaire n'est pas déjà lié à la société par un contrat de société.

Peu importe qu'il l'ait été dans le passé.

Le contrat de société n'est pas assimilable au sacrement de l'ordre; il ne produit pas d'effets indélébiles.

Ce problème juridique peut, du reste, se présenter sous des formes très variées.

Il peut se présenter en cas de succession anormale, lorsque l'ascendant reprend la chose par lui donnée à un descendant si ce dernier vient à prédécéder<sup>2</sup>. En pareil cas, on devrait, semble-t-il, assimiler l'ascendant qui jouit du droit de reprise à un héritier direct, ou encore à un légataire à titre universel, puisque le droit de l'ascendant sur l'objet donné est intégral et absolu, et que, d'autre part, l'ascendant (qui peut renoncer à la succession anormale) est tenu des dettes de la succession, même *ultra vires*.

1. On sait en effet qu'à la base de toute société doivent se trouver : l'*affectio societatis*, la volonté de s'associer, ce qui n'existe pas du tout chez le gérant, et une participation aux gains et aux pertes.

Comp. Copper Royer, 14, 17, 507 et 634. — Comp. également Req. 16 janvier 1867, D. P. 84.1.222, note 1; Req. 14 juin 1882, D. P. 82.1.222; Req. 18 mai 1896, D. P. 97.1.249.

2. Le retour légal a lieu à titre successif (Cass. ch. réunies, 2 juillet 1903, D. P. 1903.1.353). — Par conséquent, on ne peut considérer que la donation primitivement faite est résolue, ou n'a pas existé.



Une discussion de même ordre peut se produire en cas de réméré.

Au moment où l'acheteur, qui a conclu un pacte de réméré, exerce son droit d'option et se déclare acheteur, il est devenu un tiers, étranger au cercle fermé des associés. Il ne pourra donc exercer son réméré qu'à charge de se faire agréer par une assemblée d'associés. Et ce, à moins qu'il n'ait eu la précaution de demeurer propriétaire d'une part, ce qui lui suffit pour rester affilié à la société et pour n'être plus justiciable que du seul article 23, s'il lui plaît de lever l'option de réméré.

D'une manière générale, il faut distinguer les opérations qui mettent en jeu une condition suspensive et celles qui mettent en jeu une condition résolutoire. Le contrat sous condition suspensive ne prend effet qu'à compter du jour où survient la condition. Le contrat sous condition résolutoire est annulé rétroactivement <sup>1</sup>.

Et comme il convient de se placer au jour où se produit l'opération qui est génératrice d'une transmission de parts pour examiner la situation du cessionnaire au regard de la société, on conçoit que, d'une manière générale, celui qui n'exerce un droit que grâce à une condition suspensive à lui concédée à une période où il était encore affilié à la société ne peut exciper de cette qualité s'il l'a perdue au jour où se réalise la condition, et, du même coup, la transmission de parts qui en découlait.

La cession proposée peut ne pas porter sur la propriété même de la part, mais sur une fraction des droits utiles que confère cette part sociale.

On peut tout d'abord éliminer certaines hypothèses, notamment celle où la part sociale serait donnée en gage à un créancier. Aucune autorisation de l'Assemblée n'a à intervenir. Le créancier doit être présumé connaître la loi et savoir que le gage qu'on lui confère est loin de posséder une valeur définitive, car aucun acquéreur sur adjudication ne pourra devenir réellement propriétaire de la part si sa personnalité n'est pas dûment agréée par une Assemblée générale des associés.

1. En principe, les contrats résolus pour inexécution par l'une des parties entraînent nécessairement la restitution de toutes les prestations partielles qui ont pu être déjà effectuées; les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé (Civ. cass. 4 mai 1898, D. P. 98.1.457).

Régulièrement, il convient de distinguer deux sortes de ruptures : la résolution proprement dite, qui, elle, a bien l'effet rétroactif indiqué par l'article 1184, et qui entraîne une restitution réciproque et totale; — la résiliation, qui n'agit que pour l'avenir, qui met fin plutôt à l'exécution du contrat qu'au contrat lui-même, et qui fait avoir au contractant lésé des dommages-intérêts qui s'appliquent à la fraction des prestations qu'il aurait dû recevoir et qu'il ne reçoit pas.

L'associé, ou le créancier gagiste, n'ont aucune autre formalité à accomplir qu'une signification faite à la Société représentée par son gérant, cette signification relatant la délégation et le droit préférentiel conféré au créancier.

On peut encore éliminer l'hypothèse d'un croupier. La Société n'a pas à connaître le croupier, l'accord intervenant entre ce dernier et l'associé titulaire de la part étant un accord purement interne qui n'a pas à être connu des tiers. Le croupier ne fait pas autre chose que d'adhérer à une association en participation dont l'associé demeure le gérant, seul connu des tiers. Il n'intervient alors aucune cession, au sens propre du mot.

Mais on peut se trouver en présence d'une circonstance de fait plus délicate : le propriétaire de la part sociale en reste titulaire, mais il en cède l'usufruit. L'Assemblée générale a-t-elle alors à intervenir et à donner un consentement qui n'est rigoureusement requis que pour les cessions de parts sociales?

Une réponse négative paraît devoir être donnée.

L'usufruit n'est considéré, en doctrine, que comme une véritable servitude, servitude que l'on qualifie de personnelle, par opposition avec les servitudes réelles qui, elles, sont établies sur un fonds au profit d'un autre fonds, quel qu'en soit le propriétaire.

L'usufruitier s'apparente au créancier gagiste, en ce sens au moins que tous deux perçoivent les fruits, produits par une chose qui appartient à autrui, l'usufruitier ayant, en outre, des droits et des devoirs d'administration que n'a pas le créancier gagiste.

La solution admise pour le créancier gagiste paraît donc devoir être acceptée pour l'usufruitier, en ce sens qu'aucune autorisation de l'Assemblée générale ne paraît devoir intervenir et qu'une simple signification faite au gérant de la Société paraît être suffisante.

Il semble au surplus qu'il faut d'autant plus en décider ainsi que le droit commun, c'est la libre négociabilité des biens; la clause de l'article 22 est donc dérogoire au droit commun; elle ne peut s'interpréter que restrictivement. Or, elle ne parle que de *cessions*. Une cession est un acte entier, absolu, qui transmet une propriété totale. Ce n'est pas un acte partiel, ne transmettant qu'une servitude temporaire et viagère.

Il n'en est pas moins vrai que cette solution, si elle est bien la seule qu'un juriste peut fournir, aboutit en fait à certaines conséquences choquantes, par exemple celle de permettre à un tiers étranger, non accepté, par la masse collective des associés, de participer à certaines

Assemblées générales, au moins à celles que l'on qualifie habituellement d'ordinaires, qui sont celles de l'article 27 et qui n'ont à régler que des questions d'administration<sup>1</sup>.

Quant à la cession de la nue-propiété avec réserve d'usufruit, elle constitue une véritable cession faisant réellement entrer un nouvel associé dans le cercle de la vie sociale. Ce nouvel associé ne peut être admis que sur un vote de l'Assemblée générale.

**55. Des causes contractuelles facilitant la cession.** — Les dispositions des articles 22 et 23 doivent être considérées comme d'ordre public, en ce sens qu'elles s'imposent aux associés qui ne peuvent les éluder par aucune disposition contractuelle contraire, directe ou indirecte. Ce serait vouloir éluder directement la volonté du législateur que d'insérer dans les statuts une clause décidant que les parts sociales pourront être librement cédées, quelle que soit la personnalité du cessionnaire.

Ce serait encore aller à l'encontre de cette volonté législative que d'autoriser des cessions de parts à un cessionnaire étranger sous la seule condition d'un agrément donné par une assemblée réunissant un quorum inférieur aux trois quarts du capital.

Ces clauses seraient nulles et devraient être réputées non écrites.

Les parties doivent suivre les prescriptions ordonnées par la loi, et toute cession réalisée en dehors de ces prescriptions serait frappée de nullité, c'est-à-dire d'une inopposabilité que pourrait invoquer le cédant lui-même.

On peut même se demander, comme nous l'examinerons tout à l'heure, si des cessions réalisées suivant des modalités inférieures à celles qu'exige le législateur ne seraient pas atteintes d'une nullité radicale, comme manquant d'une des conditions fixées pour l'existence même de l'acte.

Mais les parties demeurent libres de stipuler, dans leur acte de société, que la transmission à un tiers, étranger jusqu'alors à la société, ne pourra s'effectuer qu'avec l'agrément d'une majorité d'associés représentant une fraction plus élevée que les trois quarts du capital social.

Nous verrons également que les parties demeurent libres de compléter les modalités d'une cession de parts faite à un étranger par des

1. Comp. sur ce point Albert Wahl, S. 1910.4.1 et *Journal des Sociétés*, 1925, p. 129 et suiv.

Comp. également Henri Lalou, *Dalloz Hebdom.* du 31 mai 1924.



clauses de rachat facultatif ou de rachat obligatoire, suivant un prix dont les éléments de base auront été contractuellement et par avance déterminés.

On doit aussi admettre la licéité de clauses statutaires qui, interprétant ce que nous avons expliqué plus haut en ce qui concerne les droits des héritiers et de tous ayants-droit à titre universel, autoriseraient préventivement les transmissions de parts en cas de décès à des successeurs de cette catégorie. Mais là devrait s'arrêter le texte statutaire, lequel ne pourrait autoriser par avance des transmissions par décès faites à d'autres qu'à des successeurs à titre universel. Il y aurait, du fait d'une semblable cause, une atteinte indirecte portée à la réglementation ordonnée par le législateur, réglementation dont nous avons constaté le caractère impératif.

Par contre, les statuts pourraient autoriser un associé précisé à transmettre tout ou partie de ses parts à telle personne déterminée, pourvu que cet acquéreur éventuel, et préalablement agréé, soit individuellement désigné. C'est en effet sur la personne même du nouvel associé que l'assemblée des coassociés doit, aux termes de l'article 22, se prononcer. L'article 22 ne demande pas à ce que les conditions pécuniaires de la cession soient discutées. Par conséquent, c'est sur la seule personnalité du nouvel associé que le consentement de la société doit porter, et peu importe que ce consentement social soit donné juste au moment où s'effectue la cession ou soit donné à l'avance.

Les statuts pourraient ainsi contenir une liste d'associés stagiaires. La seule condition exigée est que cette liste soit strictement nominative et indique nettement à l'avance les noms, prénoms, profession et domicile de celui qui deviendra peut-être associé et que la masse collective des intéressés déclare agréer par avance.

Il ne serait pas suffisant de dire que M. X ..., associé est préventivement autorisé à céder tout ou partie de ses parts à son conjoint, à ses descendants en ligne directe ou à ses futurs gendres. La désignation est insuffisante. Le consentement donné par la société n'est pas, en pareil cas, donné en connaissance de cause <sup>1</sup>.

Semblable clause est inutile en ce qui concerne certains de ces héritiers si la transmission doit s'effectuer par décès, elle est insuffisante pour raison d'anonymat, si la transmission doit s'effectuer du vivant même de l'associé cédant.

1. Drouets, 258; Pic et Baratin, 258.

On doit dès lors se demander quelle est la nature exacte de la disposition législative contenue dans les articles 22 et 23.

Il faut nettement distinguer l'hypothèse où se place l'article 22 et celle où se place l'article 23.

L'article 23 prévoit le cas d'une transmission de parts faite à un cessionnaire qui est, lui-même, déjà associé. En pareille circonstance, il est dit que les cessions de parts doivent être constatées par un acte, que cet acte soit notarié ou sous seings privés;

— et il est ajouté que les cessions ne sont opposables à la société et aux tiers que si elles sont signifiées à la société ou acceptées par elle dans un acte notarié, conformément à l'article 1690 du Code civil.

Ces conditions sont des conditions de forme; elles ne se rapportent en rien à l'existence même de l'acte. Leur inaccomplissement ne fait pas que, entre le cédant et le cessionnaire, n'ait été définitivement réalisé un acte que les deux intéressés peuvent s'opposer l'un à l'autre, tout en ne pouvant l'opposer à des tiers, ou à la société.

Cet inaccomplissement des formalités prescrites par la loi n'aboutit donc qu'à une nullité relative.

Et nous ajoutons que si la société, valablement représentée, avait accepté, par un acte sous seings privés, une cession qui ne lui aurait pas été signifiée, la cession lui deviendrait du même coup opposable, sans pouvoir l'être aux tiers, et même à un nouveau cessionnaire à qui le cédant aurait cédé une deuxième fois ses parts, si ce nouveau cessionnaire prend le soin de signifier la cession, peut-être dolosive, dont il est le bénéficiaire.

Les nullités qui sont la conséquence possible des prescriptions de l'article 23 ne seront donc jamais que des nullités relatives.

Il paraît en être autrement des prescriptions de l'article 22, lequel, prévoyant le cas où un associé céderait à un tiers, jusqu'alors étranger au cercle fermé des associés, tout ou partie des parts dont il était le titulaire, ordonne que la personnalité même de ce tiers soit agréée par une masse collective d'associés représentant les trois quarts au moins du capital social et statuant à la majorité.

Cette prescription légale paraît tout autre chose que le simple droit de veto que certains juristes ont voulu y voir<sup>1</sup>.

La théorie du législateur pourrait être présentée de la manière suivante : Pour qu'un contrat de vente se réalise, il faut en général la réunion de deux consentements, celui du vendeur, celui de l'acheteur.

1: Notamment Pic et Baratin, 257.

Si, pour une cause quelconque, l'un des consentements n'intervient pas, l'acte juridique que se proposaient de faire les parties demeure inexistant.

Lorsqu'il s'agira de la cession d'une part sociale émise par une société à responsabilité limitée, trois consentements sont nécessaires pour la perfection de l'acte, celui du cédant, celui du cessionnaire, et aussi celui du cédé, le consentement du cédé devant se manifester sous certaines conditions de *quorum* et de majorité.

Il en sera au moins ainsi chaque fois que le cessionnaire sera un tiers étranger à la société.

Lorsque le cessionnaire sera un associé, c'est-à-dire une personne dont l'individualité a déjà été agréée, le triple consentement qui est toujours nécessaire a déjà été donné en ce qui concerne la société. Car c'est la seule personnalité de l'associé qui est en jeu. Donc, il n'y a plus à en parler. Et lorsque se matérialiseront les deux autres consentements nécessaires pour la perfection de l'acte, celui du vendeur et celui de l'acheteur, l'acte juridique aura, du même coup, atteint sa réalisation.

On peut objecter à cela qu'il ne doit pas tant intervenir un triple consentement que deux séries de consentements, ayant, l'une et l'autre, un objet différent, le consentement du vendeur et celui de l'acheteur devant essentiellement porter sur la chose et sur le prix, alors que le consentement de la masse collective des associés doit exclusivement porter sur la personnalité du cessionnaire, sans que cette masse collective des associés ait à discuter, et même à connaître, des conditions et du prix qui ont constitué la base essentielle des consentements donnés par les deux intéressés.

Il n'en est pas moins vrai que l'article 22 organise un véritable consentement, à donner par une personne déterminée, la société. Si ce consentement n'intervient pas, la cession ne peut être réalisée. Et elle doit être considérée comme inexistante.

Autrement dit, le cédant et le cessionnaire n'ont pas pleine liberté pour contracter. Ils ne peuvent contracter que sous la condition suspensive d'un agrément de la personnalité du cessionnaire par la masse collective des associés.

Lorsque cette condition suspensive se réalisera, le contrat aura atteint sa perfection. Mais l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement futur et incertain auquel les parties ont subordonné l'existence de leur acte (article 1181 du Code civil). Autrement dit, la cession ne deviendra définitive, même entre les parties, qu'à compter du jour



où aura été tenue l'assemblée générale se prononçant sur l'agrément de la personnalité du cessionnaire.

Si cet agrément ne se produit pas, l'acte juridique que les parties n'ont fait qu'ébaucher ne se réalise pas, cet acte juridique demeure inexistant. Il demeure inexistant parce qu'il lui manque un élément essentiel, non de validité, mais de constitution.

Il en est exactement, en ce cas, comme il en est lors de la cession d'un office ministériel. L'acquéreur de l'office doit d'abord obtenir le consentement du précédent titulaire. Et ce consentement portera, lui aussi, sur une chose et sur un prix. Mais ce consentement de vendeur et d'acheteur ne produit par lui-même rien de définitif. L'existence même de l'acte juridique demeure soumise à une condition suspensive, celle de l'agrément de la personnalité du cessionnaire par une autorité corporative ou par une autorité administrative. Si cet agrément ne se produit pas, peu importe que cédant et cessionnaire aient été d'accord sur la chose et sur le prix, l'acte juridique qu'ils ont préparé ne se produit pas; il demeure inexistant; il ne peut donner aucun des effets normaux qu'il aurait été appelé à produire s'il était arrivé à sa perfection<sup>1</sup>.

Par conséquent, l'article 22 n'organise pas à proprement parler un droit de *velo*. Il organise plus que cela. Il organise un élément essentiel de l'existence de toute cession.

Nous examinons, *suprà*, n° 15, les distinctions qu'il convient d'établir et dans leurs causes et dans leurs effets entre les nullités radicales ou absolues et les nullités relatives. Une nullité fondée sur une inobservation des règles de l'article 22 est une nullité radicale, car elle a pour fondement une des conditions d'existence de l'acte, et non pas une de ses conditions de validité.

La même sanction rigoureuse doit être relevée au cas de manquement relatif, par exemple au cas où la majorité se serait prononcée sans que le *quorum* des trois quarts ait été atteint.

Le consentement de l'Etre moral n'est pas, en pareil cas, régulièrement donné, et un consentement donné par un organisme incompetent est un consentement inexistant.

Le consentement de la société doit donc intervenir. La loi explique que ce consentement sera réputé obtenu si la masse collective des associés qui donne ce consentement représente une majorité dans une masse représentant elle-même les trois quarts au moins du capital social.

1. Comp. notamment en ce sens, Civ. cass. 14 mai 1851, D. P. 51.1.129; Trib. civ. Montpellier, 10 janvier 1874, D. P. 76.5.319; Paris, 9 décembre 1892, D. P. 94.2.123; Req. 20 juin 1900, D. P. 1901.1.60; Rouen, 3 janvier 1906, D. P. 1906.2.242.

Par ailleurs, l'article 26 précise que *les décisions des associés sont prises en assemblées*.

C'est donc par le moyen d'une assemblée générale que se manifestera le consentement donné par la masse collective des associés à la personnalité du nouvel associé qui se propose comme cessionnaire.

Nous étudions plus loin, au chapitre V, les règles relatives aux assemblées générales des associés d'une société à responsabilité limitée.

Nous indiquerons seulement ici que l'assemblée qu'il s'agira de réunir sera une assemblée de l'article 31, cet article reproduisant d'ailleurs les termes mêmes dont le législateur s'est servi dans l'article 22, en décidant que les résolutions sont votées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social.

Un point doit tout d'abord être noté : la société à responsabilité limitée étant bien une société de capitaux, les votes s'acquièrent par une force capitaliste, c'est-à-dire proportionnellement aux apports faits par chacun.

Il faut d'abord que les trois quarts du capital se trouve réuni pour manifester une opinion.

Ce *quorum* des trois quarts est un minimum. Les statuts pourraient exiger un *quorum* plus élevé. Ils ne pourraient en stipuler un qui fût moindre.

Mais toutes les conditions de *quorum* et de majorité sont anonymes et impersonnelles. L'Assemblée doit réunir une fraction du capital. Les votes sont acquis d'après le nombre de parts que possède chaque préopinant (article 28). Par conséquent, le titulaire des parts qui sont en instance de transmission doit être admis à l'assemblée et peut participer au vote. Du reste, si on se place au seul point de vue pratique, on ne peut manquer de remarquer que, s'il en était autrement, le *quorum* des trois quarts risquerait parfois de ne jamais être atteint. Il suffirait pour cela que le cédant possédât 26 % des parts.

Nous avons vu plus haut, au surplus, que le droit des associés était impersonnel et en quelque sorte anonyme : un associé a donc le droit de voter sur une question qui, tout en intéressant la société, présente, sur certains points, un intérêt personnel pour cet associé.

Mais quel est l'associé qui peut prendre part à l'assemblée et aux votes avec les parts qui sont en instance de cession? Il ne peut y avoir aucun doute sur ce point : c'est le cédant qui, seul, est encore associé au jour où se tient l'assemblée et qui peut, par son propre vote, déterminer l'agrément du cessionnaire proposé.

Il y a là une conséquence inévitable du principe que nous avons

énoncé tout à l'heure : l'agrément du cessionnaire par la masse collective des associés est une condition mise à l'existence même de la cession. Tant que cet agrément n'est pas intervenu, le cédant est toujours associé et lui seul peut utilement exercer les droits sociaux attachés à la part dont il n'a pas encore officiellement perdu la propriété.

Lorsque la société comprend moins de vingt membres, les votes peuvent être recueillis par correspondance. Nous nous expliquons plus loin, chapitre V, sur cette modalité spéciale. Etant toujours bien entendu que c'est au gérant qu'il appartient de solliciter les votes, de fournir entre temps toutes explications qui lui seraient demandées, de recueillir les réponses, affirmatives ou négatives, ou seulement déclaration d'une abstention, qui lui sont adressées, de conserver soigneusement en un dossier spécial l'ensemble de ces déclarations et d'en porter le résultat à la connaissance des intéressés.

**56. Procédure à suivre pour réaliser une cession.** — Lorsqu'un associé désire céder une ou plusieurs des parts dont il est le titulaire, la procédure qu'il doit suivre sera essentiellement différente selon que le cessionnaire est déjà un associé, ou selon que ce cessionnaire est un tiers, étranger à la société.

Si le cessionnaire est déjà affilié à la société par un lien social, les formalités sont simples : la cession est un acte juridique parfait sitôt que le cédant et le cessionnaire sont d'accord sur la chose et sur le prix (article 1583 du Code civil). L'obligation de passer la cession par un écrit n'est stipulé par l'article 23 qu'en considération de la signification qui doit être faite à la société, cette signification ne pouvant être effectuée qu'après enregistrement de l'acte écrit qui, en qualité d'*instrumentum*, a mentionné l'accord des parties.

Ce après quoi, la cession doit, à la requête du cédant ou du cessionnaire, mais généralement à la requête du cessionnaire, plus directement intéressé à la bonne fin de cette partie de l'opération, être signifiée à la société par le moyen d'un acte extrajudiciaire d'huissier.

Cette cession doit donc être préalablement enregistrée, ce qui implique la nécessité de l'établir en trois exemplaires.

Cette signification sera faite au gérant, seul qualifié pour représenter l'Être moral que constitue la société, tiers cédé.

La cession peut encore être acceptée par la société, toujours représentée par son gérant. Mais cette acceptation doit être donnée en la forme notariée, et nous avons expliqué plus haut les difficultés formalistes auxquelles une semblable opération pouvait donner lieu lorsque



les statuts désignant le gérant avaient eux-mêmes été dressés par simple acte sous seings privés.

Lorsque la cession aura été de la sorte signifiée ou acceptée, elle deviendra opposable à la société et aux tiers, et le nouvel associé aura le droit de demander l'intervention d'un acte constatant le nouveau nombre de parts dont il est le titulaire.

Cet acte consistera soit dans une déclaration du gérant constatant les opérations qui sont intervenues, la cession, sa signification ou son acceptation et le résultat normal que ces opérations provoquent, soit la diminution des droits sociaux antérieurement possédés par le cédant, et l'augmentation des droits sociaux originairement détenus par le cessionnaire, — soit dans une assemblée générale des associés qui relatera explicitement ces mêmes opérations et ces mêmes conséquences.

Enfin, tout changement d'associé et toute modification dans le nombre des droits sociaux respectivement détenus par les associés doivent faire l'objet d'une publicité qu'ordonne l'article 17 de la loi de 1925.

Il convient tout de suite de remarquer que l'article 17 ne vise que les changements d'associés. Aussi la plupart des auteurs enseignent-ils qu'aucune publicité légale n'a à intervenir lorsqu'il n'y a pas à proprement parler changement d'associé et qu'il y a seulement changement de la puissance capitaliste des mêmes associés <sup>1</sup>.

Il faut aussi reconnaître que l'article 14, relatif à l'extrait qui doit être publié dans un journal d'annonces légales ne mentionne que l'obligation d'indiquer les noms des associés, sans qu'il soit indispensable de spécifier dans quelles proportions chaque associé a concouru à la formation du capital social, et, en conséquence, quel a été le nombre des parts sociales dont il a été déclaré le titulaire.

Mais, par contre, on ne peut oublier que l'article 12 ordonne le dépôt dans les greffes d'un exemplaire de l'acte de société; or, l'article 7 spécifie que l'acte de société doit indiquer que les parts ont été réparties entre les associés, et, en outre, qu'elles ont été entièrement libérées.

L'article 17 se rapportant aussi bien à l'article 12 qu'à l'article 13, il apparaît comme plus sûr de considérer que tous les changements qui interviennent après coup dans les indications données par l'acte de société originaire doivent faire l'objet d'une publicité identique à celle qui avait été nécessaire pour la validité des actes réalisés au début de la société.

1. Pic et Baratin, 205; Drouets, 188.

Par conséquent, un changement d'associé doit faire l'objet d'une publicité complète, et un simple changement dans le nombre des parts respectivement possédées par deux associés déjà inscrits dans l'acte de société ne devrait faire l'objet que d'une publicité restreinte aux seuls dépôts dans les greffes d'un exemplaire de l'acte constatant ce changement.

Cette publicité est indispensable. Elle est d'autant plus nécessaire que, dans certains cas, c'est par elle seule que tout intéressé pourra se documenter sur les personnes à convoquer en vue d'une assemblée générale (Comp. *infra*, n° 81).

Cette publicité doit s'effectuer par les soins du gérant, et ce dernier doit être à même de justifier de sa ponctuelle exécution à première demande de tout intéressé.

En cas d'inaction du gérant, tout intéressé devrait pouvoir demander au Président du Tribunal de commerce statuant en référé la nomination d'un administrateur *ad hoc* chargé de recueillir les documents nécessaires et de procéder à une publicité impérativement exigée par la loi. L'inaction du gérant constituant une faute de gestion, les frais normaux des formalités de publicité doivent demeurer à la charge de la société, mais les frais exceptionnels occasionnés par l'intervention d'un mandataire de justice doivent être finalement mis à la charge personnelle du gérant, dont l'inaction fautive a rendu nécessaire cette intervention.

Lorsque la cession de parts sociales s'effectue au profit d'un cessionnaire, étranger à la société au moment où se fait la cession, la procédure est très différente. En pareil cas, le consentement du cédant et du cessionnaire demeure insuffisant. Un troisième consentement doit intervenir, celui du débiteur cédé. Il en est juridiquement de ces cessions de parts sociales comme il en est de la cession d'offices ministériels, cessions essentiellement soumises à l'intervention d'un consentement formé par un autre que le cédant ou que l'acquéreur. Nous avons indiqué tous ces points *supra*.

Le cédant doit donc s'adresser au gérant de la société à responsabilité limitée, et lui faire connaître sa volonté de transmettre un nombre de parts qui doit être précisé. Le cédant doit en outre donner sur la personnalité du cessionnaire toutes indications utiles, et, au minimum, son nom, ses prénoms, sa profession, son domicile.

Aucune autre indication n'est strictement nécessaire, et le gérant n'a pas notamment à connaître du prix de la cession<sup>1</sup>; il n'en serait

1. Comp. Lépargneur, p. 323.

autrement que si les statuts contenaient une clause autorisant le rachat, et, en quelque sorte, l'expropriation de l'associé qui veut céder ses parts à un tiers, étranger à la société. Nous examinons plus loin la licéité des clauses de cette nature, clauses qui sont anormales et que la loi n'a pas prévues, ni, *à fortiori*, imposées.

C'est le cédant qui doit faire cette démarche, et non le cessionnaire éventuel, car ce dernier, bien qu'intéressé à la bonne fin de l'opération en cours, est encore un étranger pour le gérant, qui peut se refuser à le connaître, comme n'ayant aucun lien de droit avec la société.

Le gérant, requis de procéder à une opération sociale qui rentre essentiellement dans le cadre des opérations de la vie courante de la société, ne peut se refuser à y procéder. Il ne saurait par exemple vouloir attendre la réunion normale des associés en assemblée générale ordinaire annuelle, à moins que cette assemblée ne doive se tenir dans un délai très rapproché. Ce qu'on peut dire, c'est que le cédant a droit à connaître la solution qui doit intervenir au sujet de sa demande dans un délai suffisamment court, qui ne paraît pas devoir dépasser un mois.

Le gérant doit convoquer une assemblée générale en motivant l'ordre du jour et en précisant que la discussion doit porter sur l'agrément de telle personne nommément désignée qui s'offre à devenir associée au lieu et place de telle autre personne, qui, elle, est désireuse de céder tout ou partie de ses parts.

La réunion doit se tenir et le vote doit intervenir suivant les règles propres aux assemblées générales de l'article 31, c'est-à-dire celles qui sont appelées à se prononcer sur une modification statutaire.

Une fois le vote obtenu, le gérant doit en aviser le cédant, lequel, nous le rappelons, a le droit d'assister à l'assemblée et de prendre part au vote.

Si la décision prise par l'assemblée est négative, le projet de cession n'a aucune existence et celui qui devait faire figure de cédant demeure propriétaire des parts.

Si la décision de l'assemblée est affirmative et se prononce pour l'agrément de la personnalité du cessionnaire proposé, la cession devient, à partir de ce moment même, définitive, le cédant perd la propriété de ses parts; cette propriété entre dans le patrimoine du cessionnaire. Ce dernier peut exercer dorénavant tous les droits utiles conférés par les parts.

Si, par conséquent, la décision portant agrément du cessionnaire proposé se produisait dans une assemblée appelée à statuer en même temps sur d'autres questions, et si cette décision portant agrément inter-



venait avant que l'assemblée n'ait statué sur les autres éléments de l'ordre du jour, le cessionnaire devrait être introduit dans la salle des délibérations et y prendre la place du cédant. Le cessionnaire a, seul, le droit de voter les résolutions subséquentes.

Quand la société compte moins de vingt membres, ce qui est fréquent, les assemblées peuvent ne pas se tenir matériellement et les votes peuvent être donnés par correspondance. C'est toujours au gérant à faire le nécessaire et à aviser en temps utile le cédant.

Lorsque l'assemblée accepte la personnalité du cessionnaire, la transmission des parts devient effective, et une publicité légale doit intervenir. Nous avons étudié tout à l'heure cette question spéciale, et nous avons également indiqué que c'est encore au gérant qu'il appartient de procéder aux formalités requises.

Si, pour une cause quelconque, le gérant ne déférerait pas à la demande du cédant, ou s'il employait à son égard des procédés dilatoires, le cédant aurait le droit de s'adresser au Président du Tribunal de commerce statuant en référé pour voir nommer un administrateur provisoire lequel aurait pour mission d'accomplir les actes sociaux qu'il rentrait dans la mission du gérant d'effectuer, et que ce dernier néglige de faire, c'est-à-dire de réunir l'assemblée des associés avec un ordre du jour approprié, ou de les consulter par correspondance, si les associés sont en nombre inférieur à vingt, — enfin de procéder à toutes formalités utiles, en cas d'agrément du cessionnaire proposé. Enfin nous rappelons encore une fois les dispositions de l'article 23 alinéa 2 d'après lesquelles les cessions doivent faire l'objet d'une signification à la société.

Il y a là une condition de forme qui est essentiellement distincte des conditions de fonds tout d'abord exigées.

On doit penser que cette condition de forme n'est exigée que pour faire avoir à la cession une date certaine. De la sorte pourront être évitées certaines fraudes ou certaines tricheries.

La loi de 1925 ne mentionne que la stricte obligation pour un cédant de faire agréer le cessionnaire avec lequel il a traité, si ce cessionnaire est un tiers, étranger à la société.

Cette disposition législative doit être considérée comme d'ordre public, en ce sens que les parties contractantes n'ont pas la liberté de stipuler des clauses statutaires qui supprimeraient, ou qui amoindrieraient les effets de la disposition de l'article 22.

Mais les parties peuvent convenir de diverses clauses annexes, qui auraient surtout pour effet de pallier aux effets nocifs que pourrait avoir pour un cédant ayant besoin de céder ses parts contre argent un

refus obstiné et systématique d'agrément opposé par les autres associés, ou même par un seul gros porteur de parts qui, en refusant de prendre part aux assemblées, peut, à lui seul, paralyser toute procédure en agrément <sup>1</sup>.

**57. Clauses portant droit de préemption.** — Ces clauses annexes se rapportent presque toujours à un rachat des parts que le cédant déclare vouloir vendre. Semblable rachat pourrait être soit opposé aux associés qui refusent, après une ou plusieurs tentatives, d'agréer les cessionnaires qui leur sont proposés, soit imposé au cédant, par la substitution que le gérant, ou que la masse des associés statuant à la majorité, déciderait de faire quant à la personnalité du cessionnaire.

Une clause imposant obligatoirement le rachat, à un cours forfaitairement déterminé d'avance, des parts appartenant à un cédant ayant infructueusement présenté, à l'agrément de ses coassociés, un, deux, ou trois cessionnaires successifs, aurait sans doute pour résultat de contrebalancer toute iniquité et tout abus de droit possible de la part d'une majorité, dont l'arrière-pensée est peut-être de contraindre le cédant à vendre, fût-ce à vil prix, les parts dont il est le titulaire à l'un quelconque des associés déjà inscrits et ligüés contre lui. L'hypothèse peut être assez facile à imaginer si les porteurs de parts sont en très petit nombre.

Le droit d'agrément ne doit pas se transformer par un abus, ou par une fantaisie malicieuse, en un droit de veto absolu, donnant à un droit théoriquement transmissible un caractère pratique d'incessibilité totale.

Mais l'existence d'une semblable clause imposant à une collectivité d'associés le rachat des parts sociales dont le cessionnaire ne serait pas agréé a souvent paru incompatible avec les principes qui dominent toutes les sociétés de capitaux, les associés ne pouvant imposer une augmentation des charges originellement acceptées de par l'acte social.

On peut répondre à cela que cette charge, à la vérité indéterminée, peut exister dans l'acte constitutif de société, si tous les associés sont d'accord pour en accepter le poids; c'est son introduction après coup dans les statuts que prohibe l'article 31.

Elle peut surtout exister si sa rigueur théorique s'atténue grâce à une limitation contractuelle du prix auquel doit se réaliser la cession,

1. Comp. Copper Royer, II, 416. — Comp. également le jugement du tribunal de commerce de Clermont-Ferrand du 29 octobre 1929, *D. H.* 1929.480.

lorsque les acquéreurs obligatoires sont les associés qui refusent d'accepter le cessionnaire proposé par le cédant.

Une semblable clause devient alors assez équitable surtout si le nombre des associés est très restreint.

On a encore émis cette objection qu'une semblable clause mettrait indirectement en échec la liberté des associés appelés à émettre le vote que rend obligatoire l'article 22<sup>1</sup>.

Cet argument ne paraît pas déterminant. Car ce n'est pas restreindre une liberté que d'en soumettre l'exercice à certaines conséquences pécuniaires, réciproquement et forfaitairement acceptées d'avance par tous les intéressés. Il ne peut pas s'agir ici de clause pénale; les règles des articles 1226 et suivants n'auront pas à entrer en ligne de discussion. On peut même dire que si la clause statutaire se présentait sous la forme d'une clause pénale, elle serait irrégulière, car le refus d'agréer le cessionnaire est un droit absolu, et son exercice ne peut constituer une faute. Seulement, celui qui se réserve d'exercer ce droit, avec toute sa liberté, avec tout son libre arbitre, peut accepter préventivement que l'exercice de son droit entraîne pour lui certaines conséquences pécuniaires, surtout si les stipulations en ce sens sont parfaitement réciproques.

Par exemple, il peut être stipulé dans un contrat de bail que l'une des parties se réserve de mettre fin prématurément au contrat, mais, que si cette éventualité se réalise, la partie qui manifeste sa volonté de résilier, devra à l'autre partie une indemnité fixée par avance. Si le chiffre de l'indemnité est raisonnable et ne révèle, par son importance disproportionnée, aucune volonté simulée, la clause ne peut manquer d'être reconnue valable.

Il ne faut pas, par ailleurs, attacher au vote qu'un associé ou qu'un actionnaire peut être appelé à émettre un caractère en quelque sorte mystique, comme il est d'usage de le faire pour les votes émis en matière politique<sup>2</sup>. Les sociétés de capitaux sont des entreprises exclusivement nées sous le signe de Mercure, et les associés doivent pouvoir régler leurs droits réciproques suivant des modalités et des conditions d'ordre strictement pécuniaire.

Toutefois, on devrait reconnaître le caractère illicite d'une clause qui, directement ou indirectement, imposerait à la société elle-même d'effectuer, par emploi des deniers sociaux, le rachat des parts dont le

1. Pic et Baratin, 262.

2. Voir Copper Royer, t. II, n° 381-bis.



cessionnaire ne serait pas agréé<sup>1</sup>. Il y aurait, en cela, une diminution de la solvabilité de la société vis-à-vis des tiers et une réduction du capital social sans publicité régulière.

Les clauses statutaires conférant à une masse quelconque des associés, représentée par le gérant, et agissant avec des capitaux autres que les capitaux sociaux, le droit d'exercer un droit de préemption sur les parts sociales qu'un associé désirerait vendre à un tiers étranger à la société, ne rencontrent pas d'opposition théorique.

Par un accord contractuel, inséré dès l'origine dans l'acte social, les parties conviennent alors :

— d'un droit de préemption existant en faveur de chacun des associés et portant sur toutes les parts qu'un autre associé déclarerait vouloir céder à un tiers, étranger à la société;

— d'un prix forfaitairement convenu pour le rachat des parts sur lesquelles serait exercé ce droit de préemption.

La jurisprudence distingue généralement selon que ces clauses de préemption — (qui ont une certaine analogie avec le retrait lignager de l'article 841 du Code civil) — sont inscrites dans les statuts primitifs de la société, ou, au contraire, sont insérées après coup, grâce à une résolution votée par une assemblée générale extraordinaire. Elle admet la validité de ces clauses quand celles-ci existent dès l'origine de l'entreprise sociale<sup>2</sup>.

Elle manifeste au contraire la plus grande répugnance à leur égard quand elles sont insérées dans les statuts après coup, et par une sorte de coup de force d'une majorité s'imposant à une minorité<sup>3</sup>.

Ces clauses représentent une obligation pour le cédant, une faculté pour les coassociés appelés à exercer, si bon leur semble, un droit de rachat.

1. Comp. en ce sens, Civ. cass. 15 mars 1927, *D. H.* 1927.255.

2. Comp. Req. 13 mars 1882, *D. P.* 83.1.83; Req. 20 février 1894, *D. P.* 94.1.289; Req. 14 mai 1895, *D. P.* 95.1.467; Douai, 11 juillet 1895, *J. Soc.* 96.3; Paris, 2 juillet 1930, *D. H.* 1930.498.

3. Comp. *Copper Royer*, II.416. — Comp. *Wahl* note au S. 1901.1.81. — Une semblable décision de la part de l'assemblée générale était reconnue comme valable et rentrant dans le cadre des pouvoirs de cette assemblée par une jurisprudence assez ancienne déjà (Comp. Req. 14 mai 1895, *D. P.* 95.1.467; — Rennes, 14 avril 1904, *Gaz. Trib.*, 19 avril 1904). — Mais la jurisprudence paraît aujourd'hui d'un avis différent (Comp. Req. 2 janvier 1924, *D. H.* 1924.61; Trib. civ. Seine, 21 janvier 1925, *D. P.* 27.2.106). En effet, on peut facilement admettre qu'une semblable décision est en dehors du cercle des intérêts sociaux et entre dans le domaine des intérêts individuels que chaque associé acquit lors de sa souscription. Il faut alors l'unanimité des actionnaires pour augmentation de leurs charges. Et nous nous sommes déjà expliqués sur le caractère spécial d'une assemblée devant obtenir l'unanimité des associés pour prendre valablement une décision.

Une semblable faculté de préemption ne peut exister qu'au profit des associés, envisagés individuellement; elle ne peut exister au profit de la société elle-même qui ne saurait employer à une semblable acquisition tout ou partie des deniers sociaux <sup>1</sup>, que ces deniers soient pris sur une fraction d'actif correspondant au capital social (car il y aurait alors une violation directe à l'encontre des droits des tiers), — ou même que ces deniers soient pris sur une fraction d'actif correspondant à des réserves excédant le capital social, car un pareil emploi serait contraire à l'objet de la société et ne pourrait en tout cas aboutir qu'à une réduction immédiate du capital et à un remaniement des statuts <sup>2</sup>.

Le droit de préemption doit donc être accordé soit aux associés envisagés individuellement, soit au gérant lui-même <sup>3</sup>.

Si le droit de préemption est accordé aux associés, chacun devra être avisé, et tous ceux qui se porteraient acheteurs devront se faire connaître individuellement dans un délai qui, pour être opposable au cédant, doit être statutairement déterminé. Les statuts doivent en outre préciser comment les choses doivent se passer au cas où différents préempteurs se trouveraient en concours.

Très généralement, les clauses de préemption s'accompagnent d'une clause fixant contractuellement et forfaitairement le prix de rachat, prix que doit obligatoirement accepter le cédant, quelque supérieur qu'aurait été le prix qu'offrait de donner le cessionnaire étranger à la société avec lequel le cédant avait commencé à traiter.

Cette fixation d'un prix obligatoire donne parfois naissance à certains abus, surtout lorsque ce prix est proportionnel aux bénéfices réalisés au cours d'un certain nombre d'années antérieures, si certains associés, possédant une majorité, ont imposé des évaluations volontairement minorées à chaque inventaire <sup>4</sup>.

Les tribunaux demeurent souverains juges de semblables questions de fait, qui se meuvent autour de diverses considérations juridiques rentrant toujours dans le domaine assez vaste de l'abus de droit, domaine au sujet duquel nous avons fourni plus haut quelques explications essentielles.

Ces clauses de préemption peuvent aussi se concevoir sous une forme d'avantage particulier conféré à un associé nommément désigné; elles

1. Comp. Civ. cass. 15 mars 1927, *D. H.* 1927.255.

2. Comp. en sens opposé, Pic et Baratin, 264.

3. Comp. Req. 13 mars 1882, *suprà*.

4. Comp. Trib. comm. Seine, 9 avril 1894, *J. Soc.* 95.225; Trib. comm. Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929, *D. H.* 1929.480.

peuvent aussi se matérialiser par une charge pesant sur le même associé, lequel sera contraint d'acquérir les parts d'un autre associé si tel événement ultérieur vient à se produire. Toutes les stipulations de cette nature sont d'ordre contractuel et leur validité résulte de leur seule inscription dans l'acte de société, lequel revêt toute sa force probatoire par le seul fait de la signature qu'y apposent les parties, signature qui peut être d'ordre collectif en ce qui concerne l'ensemble des clauses statutaires, et d'ordre individuel en ce qui concerne l'une seulement de ces clauses.

**58. Droit de contrôle et de communication.** — Le quatrième droit essentiel conféré à tout actionnaire d'une société anonyme consiste dans la faculté d'obtenir communication de certains des documents sociaux.

La loi du 7 mars 1925 attribue aux associés d'une société à responsabilité limitée un droit de même nature dans l'article 30, qui est ainsi rédigé : *Tout associé peut, par lui ou par un fondé de pouvoir, prendre au siège social communication de l'inventaire, du bilan et du rapport du conseil de surveillance constitué conformément à l'article 32.*

*Dans les sociétés de plus de vingt membres, cette communication ne sera permise que pendant les quinze jours qui précéderont celle assemblée générale.*

La loi distingue donc essentiellement les sociétés ayant plus de vingt membres et celles ayant moins de vingt membres. Dans ces dernières, le droit de communication est permanent.

Rien n'empêche du reste les statuts d'une société ayant plus de vingt membres de stipuler que le droit de communication pourra être exercé par les associés durant une période plus longue que celle de quinzaine prévue par la loi.

Mais ce délai de quinzaine est un minimum qui ne peut être réduit, ni déplacé; ce délai doit être au moins de quinze jours francs et il doit précéder exactement la date fixée pour l'assemblée générale ordinaire annuelle.

Le droit de communication porte du reste sur un ensemble très restreint de documents : l'inventaire, le bilan et le rapport du conseil de surveillance, s'il existe un conseil de surveillance.

On peut être surpris de cette restriction; la société à responsabilité limitée n'est point, comme la société anonyme, ouverte à tous venants : l'admission d'un associé étranger au cercle restreint des associés entraîne des formalités complexes et rigoureuses. Or, il ne peut être contesté



que l'inventaire et le bilan sont des documents qui, par eux-mêmes, ne renseignent que d'une manière assez éloignée sur la marche des affaires sociales. Le compte détaillé des profits et pertes devrait être communiqué.

Et il est d'autant plus étrange d'avoir à constater que la loi n'oblige pas le gérant d'une société ayant moins de vingt membres à communiquer ce document essentiel, que des sociétés de cette nature présenteront précisément un caractère plus restreint et plus familial, — alors que les associés le retrouveront généralement transcrit dans le rapport du conseil de surveillance, s'ils font partie d'une société qui, par le nombre de ses adhérents, ne présente pas la même intimité.

En outre, il est assez surprenant que le gérant ne soit pas tenu de rendre compte des actes de sa gestion par le moyen d'un document écrit pouvant, le cas échéant, servir de justification à l'encontre de ceux qui prétendraient que l'assemblée annuelle qui a pris en charge les actes de sa gestion au cours de l'exercice écoulé n'a pas pu statuer en connaissance de cause.

Enfin, on peut admettre que, malgré le silence de la loi, les associés ont le droit d'exiger du gérant que communication leur soit donnée des résultats d'une assemblée qui ne s'est pas tenue matériellement et où les votes ont été acquis par correspondance.

Ces assemblées, tenues par correspondance, sont une innovation plus ou moins heureuse du législateur de 1925. Mais il n'en est pas moins vrai que ce sont de véritables assemblées, assimilables à celles qui se tiennent matériellement. Dans ces assemblées, où les associés sont coude à coude, chacun sait ce qui s'y passe, pour y avoir assisté, chacun sait notamment en quel sens a voté son voisin; chacun peut ainsi se rendre compte de la régularité et de la sincérité des votes, comme aussi de la régularité du quorum nécessaire pour que le consentement de la société puisse être réputé valablement donné.

Rien de semblable n'existe pour les assemblées qui ne se tiennent que par correspondance. Aussi doit-on reconnaître à tout associé le droit d'obtenir toutes les indications nécessaires sur le résultat d'une semblable assemblée, et encore celui de recevoir toutes les justifications utiles quant aux pouvoirs de l'assemblée, au quorum obtenu et aux opinions émises.

Si le gérant se refusait à fournir soit ces indications, soit ces justifications, l'associé aurait le droit de demander au Président du tribunal de commerce, statuant en référé, la nomination d'un administrateur judiciaire qui prendrait en séquestre les documents sociaux

relatifs à ces assemblées générales et qui les tiendrait, pendant un temps que le juge arbitrerait, à la disposition de l'associé demandeur à fin de communication sociale.

Si le gérant refusait de communiquer ces documents à l'administrateur judiciaire nommé par le Tribunal de Commerce, il semble qu'il pourrait être poursuivi pour abus de confiance, car la jurisprudence est aujourd'hui fixée pour reconnaître que le délit de l'article 408 peut être relevé alors même que l'auteur de l'acte, consistant en une disposition irrégulière d'un objet confié à titre de dépôt ou à titre de mandat, a commis cet acte sans intention définitive d'appropriation individuelle <sup>1</sup>.

L'inventaire est un document qui peut, en certains cas, être volumineux, alors que le bilan n'est qu'un résumé abrégé et concentré des balances de sortie, lesquelles ne sont elles-mêmes qu'une présentation des totaux de chacun des chapitres de l'inventaire <sup>2</sup>.

Prescrire la communication de l'inventaire et celle du bilan, c'est donc en quelque sorte prescrire la communication de deux choses identiques. Il eût été plus utile de prescrire la communication du compte des profits et pertes.

— Le droit de communication, conféré par le texte même de la loi, emporte-t-il au profit de l'associé le droit de prendre copie des documents communiqués? De nombreuses discussions sont nées à ce sujet, dans la doctrine, concernant les sociétés anonymes. Les discussions seraient pareilles en cas de sociétés à responsabilité limitée.

Et certains auteurs veulent refuser ce droit à l'associé, parce que, disent-ils, la loi n'en parle pas <sup>3</sup>. Mais la jurisprudence et la majorité des auteurs décident en sens contraire parce que, par analogie avec l'article 14 du Code de commerce, avec l'article 188 du Code de procédure civile, avec l'article 54 de la loi du 22 frimaire an VII, le droit de communication n'existerait pas vraiment s'il n'emportait pas le droit de prendre copie <sup>4</sup>.

Les sanctions de l'obligation de ces communications sont également

1. Comp. Copper Royer, I, n° 291 *bis*; et notamment Crim. rej. 7 avril 1859, D. P. 59.5.6; Crim. rej. 10 mai 1867, D. P. 67.5.4; Nîmes, 20 mars 1903, *J. Soc.* 1906.417.

2. Sur les caractéristiques de l'inventaire et du bilan, voir Copper Royer, II, 432.

3. Comp. en ce sens, Houpin et Bosvieux, 957; Percerou, *J. Soc.* 1908.166.

4. Comp. notamment en ce sens, Wahl, note sous S. 99.2.189 et *Précis*, n° 838; Copper Royer, II.433; Lyon-Caen et Renault, 856; Rousseau, 2409 et suiv.; Lépar-gneur, *J. Soc.* 1924.75. — Comp. notamment Bordeaux, 22 mars 1893, S. 94.2.47; Paris, 19 février 1897, D. P. 98.2.153; Civ. rej. 29 juin 1899, S. 99.1.411; Trib. civ. Seine (référé), 8 décembre 1921, *Rev. Soc.* 1922.221.

diversement appréciées. Alors que les uns voient les assemblées, tenues sans les communications préalables, frappées de nullité absolue, d'autres ne voient dans ces manquements que le germe d'une action individuelle en dommages-intérêts au profit de l'actionnaire auquel ne fut pas faite cette communication et à l'encontre des administrateurs fautifs. Certains admettent les deux actions concomitamment. Enfin, toutes ces opinions se différencient par une distinction que l'on ferait entre le refus définitif et la négligence temporaire, d'une part, et par la notion d'ordre public, d'autre part, que l'on broche, ou que l'on ne broche pas, sur l'une ou l'autre de ces actions. Cet éparpillement d'opinions se retrouve aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine.

Les solutions les plus strictes nous semblent être celles qui doivent être adoptées dans le domaine des sociétés à responsabilité limitée. L'assemblée sera nulle. Une action sociale en dommages-intérêts sera recevable contre le gérant fautif pour lui demander réparation du préjudice que la société souffrit par le retard dans la tenue de l'assemblée. Une action individuelle en dommages-intérêts sera également recevable contre le gérant fautif pour lui demander réparation du préjudice que l'associé souffrit par la non communication des pièces.

Ces solutions strictes devront être adoptées parce que le législateur a manifestement considéré les sociétés à responsabilité limitée comme ayant un caractère plus intime et plus familial, ce que démontre surabondamment les restrictions apportées à la cessibilité des parts du fait de l'article 22. Par conséquent, l'associé a, plus nettement que l'actionnaire (qui, lui, peut être un associé anonyme) le droit de connaître l'état exact et détaillé de la marche des affaires sociales <sup>1</sup>.

Il y a là une indication tellement normale dans une société qui peut n'être composée que de deux associés, dont l'un, désigné comme gérant, aura la toute puissance que possède un associé en nom collectif sans en avoir la responsabilité indéfinie, que certains auteurs ont présenté comme un principe que les associés non gérants devaient se voir reconnaître des droits complets et permanents d'investigation et de contrôle sur tous les documents sociaux et sur toute la comptabilité, et ce, tant qu'une clause expresse des statuts n'aurait pas limité ou restreint ce droit complet et permanent <sup>2</sup>.

1. On ne peut au surplus que demeurer étonné du peu de compréhension que le législateur a toujours manifestée au sujet de la comptabilité. C'est vraiment accorder bien peu de chose à un associé que de lui accorder le droit de prendre communication de l'inventaire et du bilan à n'importe quel moment de l'année sociale. Ces documents ne s'établissent qu'une fois dans l'année.

2. Comp. Drouets, 330.



Cette doctrine se défend extrêmement bien, mais en économie politique seulement. Elle se heurte directement au texte de l'article 30, car, si elle était exacte, on ne comprendrait absolument pas pour quelles causes le législateur s'est donné la peine de spécifier, en cet article 30, ceux des documents dont les associés pouvaient exiger que communication leur soit donnée <sup>1</sup>.

Quant aux sociétés à responsabilité limitée comportant plus de vingt membres, la loi crée, entre chaque associé envisagé individuellement et la gérance, un intermédiaire qui est le Conseil de surveillance, organisme qui a des pouvoirs d'investigation et de contrôle particuliers, pouvoirs que nous étudions, *infra*, n° 92.

Nous rappelons aussi qu'un Conseil de surveillance est obligatoire dans les sociétés de plus de vingt membres; mais sa création demeure toujours possible dans les sociétés ayant moins de vingt membres, et, dans ce cas, les droits de contrôle appartenant à la masse collective des associés demeurent plus clairement précisés, tout en étant en quelque sorte canalisés, et en mettant ainsi les gérants à l'abri de demandes intempestives, ou d'une fureur individuelle et arbitraire dont le législateur paraît avoir redouté les effets.

**59. Droits judiciaires. Règles de compétence.** — C'est le dernier droit essentiel qui est conféré à tout associé; ce droit peut être réglementé, il ne peut jamais être supprimé. Encore une jurisprudence, souvent arbitraire, tend-elle à créer de multiples distinctions, par une doctrine qui est exacte dans le fond, mais qui dans la pratique se présente comme dénuée de la plus élémentaire clarté, et qui compartimente les actions judiciaires suivant que les faits déferés à la justice se recommandent de l'ordre public ou d'une simple volonté contractuelle.

Nous rappelons que ces théories furent prononcées à l'égard des droits judiciaires d'un actionnaire de société anonyme, mais que nous estimons que de semblables discussions doivent naître lorsque des sociétés à responsabilité limitée sont en jeu, à cause du caractère étroit de parenté qui unit ces sociétés.

Il nous faut aussi renvoyer aux traités généraux pour la question du critérium des actions sociales et des actions individuelles <sup>2</sup>.

Rappelons seulement que, pour nous, une action *sociale* est l'action judiciaire qui a pour fondement un fait qui intéresse également chaque

1. Comp. Lépargneur, 36; Pic et Baratin, 383.

2. Voir Copper Royer, nos 146 et suiv. et 436 et suiv.

associé, quel qu'il soit, au prorata des intérêts pécuniaires qu'il a dans la société; — de telle sorte que les résultats de cette action judiciaire ne peuvent que profiter à la masse collective dont l'associé demandeur fait partie; aucun associé ne peut prétendre retirer d'une action judiciaire de cette nature un profit individuel, soit au détriment de la masse, soit par rupture de l'égalité qui doit exister entre tous les associés.

Au contraire, l'action *individuelle* est l'action judiciaire qui a pour fondement un fait qu'un associé peut invoquer à titre privé, parce que ce fait lui est personnel, s'étant produit pour lui et ne s'étant pas produit pour les autres associés, dépendant de la même masse, de telle sorte que ce fait individuel peut être invoqué par le demandeur alors qu'il est certain que les autres associés ne pourraient intenter une action judiciaire basée sur ce même fait.

L'article 17 de la loi du 24 juillet 1867 autorise le groupement de ceux des associés qui veulent intenter une action sociale. Aucune disposition de cette nature ne se retrouve dans la loi de 1925.

Par conséquent, toute action judiciaire intentée par un associé ne peut l'être que par cet associé agissant par lui-même, en son nom personnel.

L'action judiciaire qui peut être intentée sera une action judiciaire en nullité ou une action judiciaire en responsabilité.

L'action en nullité portera soit sur la constitution même de la société, soit sur l'un quelconque des actes postérieurement effectués au cours de la vie sociale. L'action en nullité constitutive aboutira à priver la société du droit à la vie commerciale que lui conféraient l'apparence de régularité de ses opérations premières et le complet accomplissement des formalités de publicité légale. L'action en nullité aboutit pratiquement à une liquidation anticipée de l'entreprise sociale.

L'action judiciaire qui demandera à la justice de prononcer la nullité d'une opération réalisée au cours de la vie sociale n'entraînera pas l'arrêt des affaires sociales et la nomination d'un liquidateur, mais elle entraînera la destruction de l'acte incriminé, dans son essence ou dans ses conséquences, de telle sorte que toutes choses devront être remplacées dans le *statu quo ante*. Cette solution qui est généralement celle réservée aux nullités absolues, — alors que la nullité invoquée ne sera, le plus souvent, qu'une nullité relative, — s'imposera néanmoins, car une nullité relative aboutit à une inopposabilité, et le fait qu'un acte est déclaré inopposable à certains des associés entraîne nécessairement cette conséquence qu'il est inopposable à tous, sous peine de rupture

de l'égalité qui doit exister entre tous ceux qui font partie d'une même masse.

Mais l'annulation de l'acte entaché de nullité ne produira le plus souvent ses effets qu'à compter du jour où cette nullité aura été judiciairement proclamée; l'acte irrégulier aura donc pu produire, entre temps, certains effets, et ces effets peuvent être déclarés préjudiciables soit à la masse collective des associés, soit à l'un d'entre eux seulement. L'action judiciaire en nullité se complètera donc tout naturellement d'une action judiciaire en responsabilité.

Théoriquement même, une action en responsabilité ne devrait jamais être que l'annexe d'une instance en nullité, laquelle devrait toujours être intentée en premier lieu <sup>1</sup>. Il n'en est pas toujours ainsi, du fait d'une tendance fâcheuse des tribunaux à admettre *de plano* certaines instances en responsabilité, en invoquant l'article 1382 (texte facile à invoquer) ou l'article 1992.

Les mêmes discussions peuvent évidemment se reproduire en matière de sociétés à responsabilité limitée, car les textes de la loi de 1925 n'ont pas moins de force ni de précision que ceux de la loi de 1867. L'article 10 dit notamment : *Lorsque la nullité de la société a été prononcée, ..... les associés auxquels la nullité est imputable sont responsables, envers les autres et envers les tiers, ..... du dommage résultant de cette annulation.*

Ce texte donne bien à supposer qu'une action en responsabilité ne peut être que la suite d'une action en nullité, et qu'il ne peut y avoir d'action en responsabilité que s'il y a d'abord eu une action en nullité, sur laquelle est intervenue une décision judiciaire éclairant le débat.

Les actions judiciaires en nullité doivent être intentées contre la société elle-même, celle-ci plaidant par l'organe de ses mandataires légaux, les gérants. Les actions judiciaires en responsabilité doivent être dirigées contre les auteurs du dommage éprouvé, soit par la collectivité des associés, soit par l'associé isolé qui argue d'un préjudice qui a pu être causé à cette collectivité.

Nous devons signaler des règles de compétence spéciales.

Quelle que soit la nature de l'instance, en nullité ou en responsabilité, sitôt que cette instance est sociale — (c'est-à-dire sitôt qu'elle a pour cause un fait intéressant à un même degré tous les associés) — les règles statutaires attributives de compétence doivent recevoir application.

1. Voir Copper Royer, I.163.



Spécialement, l'action en responsabilité dirigée contre un fondateur, auteur d'une nullité génératrice d'un dommage, doit être intentée devant les tribunaux compétents du siège social, et non devant les tribunaux siégeant dans le ressort du domicile du défendeur, sitôt qu'il existera aux statuts une clause attribuant juridiction, pour tous faits sociaux, aux seuls tribunaux du siège social.

Il est très généralement admis, en matière de société anonyme, qu'il en est ainsi alors même que le défendeur est un administrateur, ou un ancien administrateur, prétendument fautif; — il suffit que les faits, générateurs de la responsabilité invoquée, aient été accomplis à l'occasion d'un mandat social, mandat qui ne pouvait être attribué à un autre qu'un associé, mandat qui, par conséquent, rentre dans le cadre général des affaires sociales.

Mais on peut se demander si la règle demeure la même à l'encontre du gérant d'une société à responsabilité limitée, si ce gérant n'est pas un associé.

Nous avons vu, *suprà*, n° 53, que, en pareil cas, le gérant est au regard de la société, un tiers, et que les parts qui viendraient à lui être cédées sont des parts cédées à un tiers, étranger à la société; la cession doit donc être autorisée suivant les formalités de l'article 22.

Si le gérant est, en pareille hypothèse, un tiers, il n'est lié à la société que par un contrat de louage de services, les stipulations statutaires ne lui sont pas opposables, et l'attribution de juridiction qui fut acceptée par les associés ne lui est pas, par cela seul, strictement obligatoire.

Car il n'est pas associé. L'adhésion qu'il a pu donner au pacte social n'a été que fragmentaire; elle a seulement porté sur le louage de services qui le concernait; elle est demeurée étrangère à toutes les autres clauses du contrat de société.

Il en sera dès lors de ce gérant comme il en est du commissaire des comptes, lequel reçoit bien un mandat, mais ce mandat n'est pas un mandat social parce que le commissaire peut être pris en dehors des associés.

Les statuts d'une société à responsabilité limitée peuvent valablement contenir des clauses analogues aux clauses prohibitives ou aux clauses d'avis qui sont d'un usage fréquent dans les statuts des sociétés anonymes. Nous renvoyons aux traités généraux de cette matière pour l'étude de ces clauses restrictives du droit essentiel, que possède tout associé, de déférer à la connaissance de la justice les faits sociaux dont il croit pouvoir se plaindre, et pour l'étude de la longue série de déci-

sions judiciaires par lesquelles les magistrats ont, plus ou moins juridiquement, marqué leur antipathie à l'encontre de ces stipulations contractuelles <sup>1</sup>.

Les statuts d'une société à responsabilité limitée peuvent aussi contenir (et plus utilement, semble-t-il), une clause compromissoire par la constitution d'un tribunal arbitral, rendu possible par la loi du 31 décembre 1925.

1. Voir *Copper Royer*, I, 156 et 157.

## CHAPITRE III

### DE LA GÉRANCE DES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

**60. Du gérant.** — Toute société de capitaux ne peut agir que par l'intermédiaire de mandataires généraux dont les pouvoirs sont, par la force même des choses, plus rapprochés de ceux d'un représentant légal que d'un mandataire.

Une certaine distinction devait être faite, suivant que l'on envisageait *les rapports internes* que les associés peuvent avoir les uns avec les autres, à l'intérieur du cercle fermé, qui, imaginativement, peut servir à représenter la société, — ou *les rapports externes* que la société peut avoir avec des tiers, dont le patrimoine individuel s'affronte au patrimoine social, en des opérations qui peuvent finalement laisser pour la société un accroissement ou une diminution de richesse.

Pour tout ce qui concerne les rapports internes réglant les droits réciproques des associés à l'intérieur du cercle fermé de la société, les administrateurs ne sont évidemment que les mandataires des autres associés. Mais pour tout ce qui concerne les rapports externes de la société avec des tiers, étrangers à elle, les administrateurs deviennent les représentants légaux d'une société qui, personne morale, est aussi incapable d'agir par elle-même que le mineur en bas âge, lequel est représenté par son tuteur <sup>1</sup>. C'est ainsi notamment que la loi du 8 décembre 1883, dans son article 1<sup>er</sup>, admet comme électeurs aux tribunaux de commerce les directeurs de compagnie anonyme de finance, de commerce et d'industrie.

C'est bien reconnaître que la qualité de ces mandataires généraux correspond plutôt à une notion de représentation légale et non pas seulement à une notion de mandat pur et simple.

Cette théorie peut être adoptée pour les sociétés à responsabilité limitée.

1. Le rapporteur de la loi de 1925, M. Manceau, emploie indistinctement dans son rapport le mot *gérant* et les mots *représentant de la société*.



L'article 24 de la loi du 7 mars 1925 dit que *les sociétés à responsabilité limitée sont gérées par un ou plusieurs mandataires, associés ou non associés, salariés ou gratuits.*

La qualification de mandataire réapparaît ici, telle qu'elle se retrouve déjà dans l'article 22 de la loi de 1867, quand il s'agit de préciser la nature des fonctions dévolues aux administrateurs des sociétés anonymes.

Il convient de faire cette distinction que nous établissons à l'instant entre les rapports internes des associés les uns avec les autres et les rapports externes de la société avec les tiers. Pour tout ce qui concerne les rapports internes, les gérants ne sont que des mandataires. Pour tout ce qui concerne les rapports externes, les gérants sont des représentants légaux.

Ce caractère est, en ce qui concerne les gérants, plus catégoriquement affirmé par la loi elle-même qu'il ne l'est pour les administrateurs : le deuxième alinéa de l'article 24 de la loi de 1925 déclare en effet que *les gérants ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances*, et la jurisprudence en a conclu que les limitations contractuelles que les associés pouvaient avoir stipulées pour restreindre les pouvoirs des gérants quant aux opérations qu'ils feraient avec des tiers demeurerait lettre morte et complètement inopposables aux tiers.

C'est très nettement différencier les rapports internes des rapports externes.

Par sa désobéissance aux instructions restrictives qui lui auront été données, le gérant peut commettre une faute engageant sa responsabilité au cours de débats internes qui pourront avoir lieu, à l'intérieur du cercle social, entre les autres associés, ses mandants, et lui. Mais les tiers ne peuvent être appelés à pâtir de cette désobéissance. Ils ont traité avec la société elle-même sitôt qu'ils ont traité avec son représentant légal. Cela suffit pour valider l'acte qu'ils ont passé avec la société, régulièrement représentée par un mandataire général qui n'est fautif que dans la mesure où il doit être considéré comme un simple mandataire, c'est-à-dire lorsque, sortant de la sphère extérieure où se règlent les opérations conclues avec les tiers, il rentre en quelque sorte dans l'intérieur des murailles qui ferment la cité; là, se retrouvant dans le cercle social, face à face avec ses concitoyens, il doit rendre compte à ceux qui l'ont mandaté.

L'article 24 parle d'un ou de plusieurs gérants. Souvent, le représentant légal d'une société à responsabilité limitée sera un gérant uni-

que. Mais il peut y en avoir plusieurs. Les gérants pourraient même, par leur nombre et leur pluralité, constituer un Conseil de gérance assimilable au Conseil d'administration d'une société anonyme, organe collectif pratiquement incapable d'agir, dans sa masse, en toutes opérations externes, pour la réalisation desquelles il devient nécessaire de nommer un mandataire substitué, qu'il est dans l'usage de désigner sous le nom d'administrateur délégué.

Certaines sociétés à responsabilité limitée pourraient de la sorte se voir représentées auprès des tiers par des gérants délégués, dont le mandat procéderait, en deux échelons, des associés d'abord, de leurs collègues du Conseil de gérance ensuite.

Cette hypothèse demeure strictement légale, car, en matière de mandat, la substitution est généralement autorisée, et les questions qui se posent, en cas de mandataire substitué, sont plutôt des questions de responsabilité récursoire que des questions de licéité quant à la substitution envisagée en elle-même (article 1994 du Code civil). Mais cette hypothèse est assurément peu fréquente.

Elle présenterait un inconvénient pratique : tous les gérants ont obligatoirement le droit de représenter la société en toutes opérations externes se traitant avec des tiers. Une extrême pluralité des gérants présente ce désavantage de n'attribuer aucune importance exclusive au mandat donné à celui des gérants que ses collègues nommeraient gérant délégué. Un autre membre du Conseil de gérance pourra toujours valablement agir au nom de la société, et, sur sa seule signature, engager cette dernière.

Une restriction n'est pas plus possible de la part des co-gérants que de la part des associés eux-mêmes.

Par conséquent, la nomination de plusieurs gérants apparaît comme comportant un certain danger pour les associés mandants.

Mais ce danger n'existe qu'en ce qui concerne les opérations externes que la Société débattrait avec des tiers, dont le patrimoine s'affronte au patrimoine social. Pour ces opérations externes, aucune restriction contractuelle n'est admise (voir *infra*, n° 69).

Une règle identique n'existe pas quand il s'agit de préciser les conditions du mandat conféré aux gérants et de régler les rapports internes devant exister entre ces gérants et la masse collective des associés mandants; pour tout ce qui concerne ces rapports internes, les associés conservent toute liberté.

Ils peuvent donc interdire à leurs gérants d'agir l'un sans l'autre, ou d'empiéter réciproquement sur ce qui doit être le domaine propre de

chacun d'eux. Sans doute, ces restrictions ne sont pas opposables aux tiers. Mais le gérant qui les enfreindra commettra, au regard de ses mandants, une faute. Et cette faute peut comporter une double sanction; elle peut justifier une révocation; elle peut servir de fondement à une action judiciaire en responsabilité (voir *infra*, n° 72).

Du reste, le rôle interne de la gérance est, par lui-même assez développé dans les Sociétés à responsabilité limitée, la gérance devant particulièrement établir les comptes sociaux, fixer les inventaires et proposer la distribution des dividendes.

En principe, toute cette organisation intérieure de la vie sociale doit s'effectuer en pleine communion de pensée entre tous les gérants, quand il en a été nommé plusieurs <sup>1</sup>.

Spécialement, l'inventaire et le bilan doivent être leur œuvre commune. Si une faute est commise à cet égard, la responsabilité sera collective. Elle ne cesserait de l'être que si un des gérants se séparait nettement des autres, affirmant sa contradiction de pensée.

Si les statuts n'ont rien prévu, il faudrait reconnaître que ce désaccord entraîne, pour les gérants, une incapacité à l'effet de réaliser l'opération sociale sur l'exécution ou sur les modalités de laquelle il n'y a pas unanimité parmi ces gérants.

Il faudra alors que les parties s'adressent au Tribunal de commerce et lui demandent, généralement par voie de référé, la nomination d'un gérant provisoire qui exécutera l'opération pour la réalisation de laquelle les gérants contractuels sont devenus incompetents, ou qui convoquera une Assemblée générale des associés, leur soumettant le différend et leur demandant de le trancher en un sens ou en l'autre.

Car, dans une société de capitaux comme est toute société à responsabilité limitée, le dernier mot ne peut manquer d'appartenir aux associés, statuant à la majorité, et suivant l'importance de leurs droits sociaux.

Le gérant auquel l'Assemblée générale, statuant à la majorité, aura donné tort, ne peut persévérer dans sa pensée. Il ne peut que démissionner. Mais il peut aussi être révoqué (voir *infra*, n° 67) <sup>2</sup>.

1. Jugé en ce sens que lorsqu'une Société à responsabilité limitée est administrée par plusieurs gérants ayant dans leurs attributions la convocation des actionnaires, cette convocation doit être faite d'un commun accord entre eux; à défaut d'entente entre les gérants, c'est au tribunal qu'il appartient de statuer; en conséquence est irrégulière et doit être annulée une assemblée convoquée par un gérant contrairement à la volonté de l'autre (Trib. comm. Béthune, 11 décembre 1929, *J. Soc.* 1931. 21).

2. MM. Pic et Baratin (313 bis) voient dans une diabolique persévérance du gérant



De même que les fonctions d'administrateur ne confèrent pas dans les Sociétés anonymes la qualité de commerçant à ceux à qui elles sont dévolues, de même la fonction de gérant ne confère pas la qualité de commerçant <sup>1</sup>.

On en peut retrouver la preuve dans ce fait que l'article premier de la loi du 8 décembre 1883 admet comme électeurs aux tribunaux de commerce les directeurs de sociétés anonymes, cette règle devant normalement s'appliquer aux gérants des sociétés à responsabilité limitée. Peu importe, ajoute la circulaire du ministre de la Justice en date du 13 février 1884, que ces directeurs ne soient pas personnellement assujettis à la patente, par conséquence commerçants.

Cette circulaire ministérielle reconnaît donc que les mandataires généraux des sociétés de capitaux ne sont pas commerçants bien que représentant l'être moral incontestablement doté de la commercialité et bien qu'exerçant parfois, à titre individuel, des actes dont l'exécution est normalement réservée aux seuls commerçants.

**61. Caractère personnel de la désignation.** — Le mandat conféré aux administrateurs d'une société anonyme doit être considéré comme un mandat personnel, en ce sens que les actionnaires doivent être présumés avoir fait un choix en considération de la compétence et de l'honorabilité des co-associés dont la désignation était soumise à leurs suffrages <sup>2</sup>.

Les raisons d'en décider de même s'imposent naturellement en matière de société à responsabilité limitée, la personnalité et les qualités du gérant devant d'autant plus vivement entrer en ligne de compte que les pouvoirs externes dont jouit ce gérant sont plus considérables.

Le gérant ne peut donc pas disposer des droits que lui donne la désignation dont il a été l'objet. Il ne peut transmettre ces droits à un successeur qui, en cas de décès, prendrait son lieu et place.

qui se refuse à plier sa volonté devant celle que manifesterait l'Assemblée des associés, une cause de dissolution anticipée de la Société pour dissentiments graves et persistants entre associés. Ce serait là, vraiment, un moyen commode offert à un associé gérant qui souhaiterait, de bonne ou de mauvaise foi, voir la Société à laquelle il s'est agrégé pour un temps déterminé, cesser, avant terme, ses opérations sociales.

Il est juridiquement, et pratiquement, plus légitime de reconnaître le principe de la souveraineté des capitaux sociaux réunis en Assemblée générale, et, aussi, d'admettre la révocabilité des gérants qui s'avèrent, à l'usage, différents de la pensée qu'en avaient eue les associés lorsque ces derniers avaient donné leur consentement à leur nomination.

1. Comp. Pic, *Faillite des Sociétés*, p. 151. — Comp. aussi Civ. rej. 13 mai 1882, D. P. 82.1.487.

2. Voir Copper Royer, II, 583 bis.

Mais si le gérant ne peut substituer totalement un tiers dans ses fonctions <sup>1</sup>, il peut passer, au nom de la société, tous contrats de louage de services qui apparaîtront comme nécessaires pour la bonne marche des affaires sociales.

De toutes manières, le gérant répond personnellement des fautes qui viendraient à être commises par ceux qu'il a engagés ou qu'il s'est substitué.

Si l'acte de société désignant le gérant autorise expressément ce dernier à engager tout le personnel qu'il estimera nécessaire, sans aucune indication quant aux personnes qui pourraient passer ainsi un contrat de louage de services avec la société, le gérant pourrait exciper de l'article 1994 pour soutenir qu'il n'est responsable *de plano* des actes nocifs que viendraient à commettre ces sous-mandataires que s'il est prouvé que ces derniers étaient ou incapables ou insolvables, et ce, à moins que la société, demanderesse en indemnité, ne démontre, à la charge du gérant, une faute spéciale consistant en un défaut de surveillance ou en quelque autre négligence.

L'insolvabilité du sous-mandataire est suffisante pour engager la responsabilité du mandataire principal. C'est dire que ce dernier demeure caution, tout en ayant le droit de demander la discussion de l'auteur direct de l'acte dommageable.

**62. Nomination du ou des gérants.** — On doit distinguer deux sortes de gérants : ceux qui doivent être nommés au début même de la vie sociale, et ceux qui ont à être nommés postérieurement, en remplacement ou en complément.

Très généralement, les premiers gérants seront nommés par l'acte de société même.

Cependant, — en apparence au moins, — il peut n'en être pas ainsi, et la loi de 1925 ne contient pas de disposition analogue à celle du cinquième alinéa de l'article 25 de la loi de 1867 : d'après ce dernier texte, les sociétés anonymes ne peuvent être réputées constituées que lorsque des administrateurs, en nombre statutairement suffisant, ont été nommés et ont déclaré accepter les fonctions à eux dévolues. La société à

1. MM. Pic et Baratin, n° 295; Lépargneur, p. 62; Piot, n° 31, estiment que le gérant peut partiellement substituer un tiers dans l'exercice des fonctions que les associés lui ont dévolues, cette substitution pouvant même être totale si elle ne devait être que temporaire et si elle était commandée par les circonstances. Nous pensons que le gérant ne peut guère faire autre chose que de passer des louages de service qui auront, en pratique, les mêmes effets.

responsabilité limitée, elle, semble pouvoir, théoriquement, exister alors qu'aucun gérant n'aurait encore été nommé.

C'est là d'ailleurs la solution qui est généralement adoptée à raison des expressions employées par le législateur dans l'alinéa 2 de l'article 24, où il est dit que les gérants sont nommés par les associés, *soit dans l'acte de société, soit par un acte postérieur*<sup>1</sup>.

Nous pensons que telle ne peut être l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 24.

Une société de capitaux ne peut matériellement pas exister sans un mandataire général qui sera, au regard des tiers, son représentant légal.

La disposition contenue au cinquième alinéa de l'article 25 de la loi de 1867 n'est pas une disposition arbitraire. C'est la pure et simple constatation d'une nécessité.

Par conséquent, on peut très bien admettre qu'un gérant ne soit pas désigné dans les statuts d'une société à responsabilité limitée, sauf aux associés à faire choix d'un gérant au cours d'une délibération ultérieure, cette délibération pouvant se manifester sous les apparences d'une assemblée générale. Mais ce qu'il faut ajouter immédiatement, c'est que l'existence même de la société à responsabilité limitée demeure soumise à la désignation d'un gérant. Tant qu'un gérant n'aura pas été désigné et n'aura pas accepté ses fonctions, la société n'existera qu'à l'état de projet, c'est-à-dire à l'état d'un acte juridique soumis à la réalisation d'une condition suspensive.

Aux termes de l'article 1181, l'acte soumis à la survenue d'un événement futur et incertain ne peut être exécuté qu'après l'événement. En attendant la réalisation de la condition suspensive, l'acte juridique est inexistant, puisqu'il lui manque un élément essentiel, le consentement complet et définitif des parties contractantes.

Une société à responsabilité limitée ne peut donc prendre date qu'à compter de la nomination du gérant, nomination qui ne prend elle-même de valeur que par l'acceptation que ce mandataire donne des fonctions qui lui sont dévolues.

C'est pratiquement appliquer aux sociétés à responsabilité limitée le cinquième alinéa de l'article 25. Et il ne peut en être autrement, cet alinéa ne contenant pas autre chose que la constatation d'une nécessité.

Si, donc, le premier gérant d'une société à responsabilité limitée a

1. En ce sens, Pic et Baratin, 278; Houpin et Bosvieux, 1586.



été nommé par un acte intervenant à une date postérieure à celle de la signature donnée aux statuts par les associés, on doit dire que l'acte constitutif de la société se scinde en deux parties, et qu'il n'a pris son caractère définitif et obligatoire que lors des signatures consacrant cette deuxième partie de l'acte.

Il doit d'autant plus en être décidé en ce sens que l'article 14 de la loi de 1925 prescrit de publier dans le mois de la constitution sociale un *extrait* de l'acte constitutif, et que cet « extrait » doit formellement contenir l'indication des personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la société.

On peut se demander ce que cela voudrait dire, si l'acte constitutif, destiné à être déposé dans les greffes, ne devait pas nécessairement contenir la désignation des gérants.

Il est très facile d'ailleurs d'expliquer les expressions dont s'est servi le législateur dans l'article 24. Les gérants d'une société à responsabilité limitée ne sont pas toujours les premiers gérants. Ces premiers gérants peuvent mourir, les associés peuvent être appelés à les remplacer pour une cause quelconque. Dans ce cas, les premiers gérants feront place à de nouveaux gérants. Ces nouveaux gérants ne peuvent être nommés que par un acte postérieur à la constitution de la société. Et on se retrouve alors exactement dans les termes de l'article 24, *les gérants sont nommés soit dans l'acte de société, soit dans un acte postérieur*.

Mais les premiers gérants, eux, doivent être nommés dans l'acte de société, ou dans un acte annexe qui fera partie intégrante de l'acte de société, et la société n'a de vie et d'existence qu'à compter de cette nomination et de l'acceptation donnée par les gérants.

C'est à compter seulement du jour de cette acceptation que commence le délai d'un mois imparti pour les formalités de publicité légale ou pour la déclaration d'existence.

Il serait au surplus tout à fait surprenant qu'il en fût autrement, car l'article 32 de la loi de 1925 prescrit de mentionner dans l'acte même de société le nom des membres du conseil de surveillance (voir *infra*, n° 90). Or les membres du Conseil de surveillance constituent un organisme d'un ordre infiniment inférieur à l'organisme vital que représente le gérant. La théorie soutenue par MM. Houpin et Bosvieux paraît donc aventurée, même au point de vue du texte.

**63. Remplacement des gérants.** — Les premiers gérants une fois nommés, la société peut commencer ses opérations et réaliser tout ou partie de son objet. Par la suite, l'un des gérants peut disparaître, mou-

rir, démissionner, ou cesser d'être à même d'exercer ses fonctions. Les associés seront alors obligés de nommer un autre gérant, en son remplacement.

Les associés peuvent encore, en cours de vie sociale, décider de nommer deux gérants alors que, à l'origine, ils n'en avaient nommé qu'un seul.

Pour toutes ces raisons, la nomination de gérants nouveaux doit être prévue.

C'est ce que fait l'article 24 en indiquant que les gérants sont nommés soit dans l'acte de société (et ce sont alors les premiers gérants) — soit dans un acte postérieur (et ce sont alors des gérants seconds).

Pour nommer un nouveau gérant, en remplacement ou en complément, la volonté de la masse collective des associés doit naturellement intervenir.

Cette volonté se manifeste par des décisions prises en assemblées générales (article 26). Ces assemblées peuvent du reste se tenir par correspondance lorsque le nombre total des associés n'est pas supérieur à vingt.

Mais la loi du 7 mars 1925 divise les assemblées par le moyen desquelles l'Être moral peut manifester sa volonté en deux catégories : il y a les assemblées de l'article 27, à *quorum* de moitié, lesquelles correspondent aux assemblées que, dans le langage courant, on appelle les assemblées ordinaires, — et il y a les assemblées de l'article 31, à *quorum* des trois quarts, lesquelles correspondent aux assemblées que, dans le langage courant, on appelle assemblées extraordinaires.

Les assemblées de l'article 31 sont toutes celles qui sont appelées à apporter aux statuts une modification.

Au fond, le système du législateur est sensiblement le même pour les sociétés à responsabilité limitée que pour les sociétés anonymes, remarque étant faite que les assemblées ordinaires exigent un *quorum* de moitié, et non pas seulement un *quorum* du quart du capital social.

Comme, dans les sociétés anonymes, une assemblée à *quorum* du quart est considérée comme compétente pour procéder à la nomination de nouveaux administrateurs, on admet généralement que l'assemblée de l'article 27, à *quorum* de moitié, est compétente pour nommer un nouveau gérant <sup>1</sup>.

Pour ce qui est de la révocation des gérants, il en serait (d'après les mêmes auteurs) tout autrement.

1. Lépargneur, p. 330; Houpin et Bosvieux, 1586.

La nomination d'un gérant serait donc entièrement assimilée à un acte d'administration.

On peut concevoir des doutes sérieux quant à l'exactitude de cette théorie.

Les gérants d'une société à responsabilité limitée sont considérés par le législateur comme des représentants légaux d'une essence différente de celle qui caractérise les administrateurs des sociétés anonymes.

Les administrateurs sont révocables *ad nutum* et sans indemnité, quelque injustifiée ou quelque arbitraire que soit leur révocation. Les gérants révoqués sans cause légitime ont droit à une indemnité et certains auteurs vont même jusqu'à leur permettre de considérer comme lettre morte la décision qu'aurait prise à leur encontre une assemblée générale d'associés, tant que cette décision révocatoire n'aura pas été sanctionnée par les tribunaux, lesquels seraient seuls définitivement juges de la question.

Aux termes de l'article 14, le nom des gérants doit être indiqué dans l'extrait à publier dans un journal d'annonces légales, cette disposition ne faisant du reste que reproduire celle de l'article 57 de la loi du 24 juillet 1867 qui ordonne également la publication du nom des administrateurs nommés au début de la société. Mais on admet très généralement que le nom des administrateurs nouveaux, nommés en remplacement ou en complément, n'a pas à être publié <sup>1</sup>, et ce, d'autant plus, que les tiers ont maintenant tous moyens utiles d'être renseignés grâce au Registre du Commerce.

Il ne paraît pas en être de même quand ce sont de nouveaux gérants qui ont succédé à des premiers gérants : en effet, la nomination des premiers gérants fait partie de l'acte social, comme nous l'avons indiqué tout à l'heure, et si cette nomination des premiers gérants résulte d'un acte séparé, cet acte fait corps avec l'acte social. Il devient donc tout naturel de décider que tout changement dans la gérance doit être publié, et cette solution paraît d'autant plus nettement s'imposer que l'article 17 assujettit aux formalités de publicité légale tout changement d'associé. Un changement d'associé est une chose relativement indifférente pour les tiers. Si on doit cependant publier tout changement d'associé, *a fortiori* devra-t-on publier tout changement de gérant.

On en revient alors à envisager un changement de gérant comme constituant une modification statutaire.

S'il en est bien ainsi, c'est l'assemblée de l'article 31 et non plus l'as-

1. Voir Copper Royer, I, 115 et II, 595 et 599.



semblée de l'article 27, qui est seule compétente pour procéder à la nomination d'un nouveau gérant, cette assemblée devra réunir un *quorum* des trois quarts des associés et non pas seulement un *quorum* de moitié.

Il apparaît comme d'autant plus logique d'en décider ainsi que le gérant peut être un gérant unique; il agira sans contrôle, alors que les administrateurs d'une société anonyme sont toujours plus ou moins nombreux et que le contrôle des opérations sociales peut efficacement s'exercer, fût-ce par un seul des administrateurs.

Et il serait véritablement abusif qu'un semblable mandataire général, nanti de pouvoirs aussi définitifs et aussi redoutables, puisse être nommé par une assemblée qui, sur deuxième convocation, peut émettre un vote valable, quelque infime que soit la portion du capital représenté.

Il faut se rappeler également que les assemblées générales des sociétés à responsabilité limitée ne statuent pas à une majorité autre que la majorité simple, en quelque occasion que ce soit; on n'a donc pas à craindre qu'aucune majorité n'arrive à se former pour la désignation d'un gérant, c'est-à-dire d'un organisme indispensable à la vie sociale.

Il apparaît donc à la fois comme conforme à une exacte interprétation des textes et comme conforme aux nécessités de la pratique de décider que tout gérant d'une société à responsabilité limitée ne peut être nommé que par une assemblée générale réunissant un *quorum* des trois quarts des associés.

Ce *quorum* peut, du reste, être facilement obtenu dans une société dont tous les associés sont notoirement connus, leurs droits étant strictement nominatifs.

Au cas où il a été originairement nommé plusieurs gérants, ces gérants ne peuvent se voir reconnaître *de plano* le droit de nommer un nouveau gérant, soit pour augmenter leur nombre, soit pour remplacer un des gérants, démissionnaire ou décédé. Ce droit de cooptation est très généralement conféré aux administrateurs d'une société anonyme par une clause expresse des statuts, clause dont personne ne conteste la licéité.

On peut seulement se demander si une clause de cette nature pourrait trouver place dans les statuts d'une société à responsabilité limitée.

Une solution affirmative paraît devoir résulter de l'article 1994 du Code civil, ce texte prévoyant d'une manière générale le droit, pour un mandataire, de substituer. D'autre part, le fait, par les associés eux-mêmes, d'avoir, dans leur acte social, expressément conféré aux gérants nominativement désignés le droit de se compléter ou de se remplacer

provisoirement en attendant la tenue de l'assemblée générale annuelle, permet d'affirmer que la nomination temporaire de ces gérants nouveaux remonte bien à un acte de volonté fait par les associés.

Il faut cependant convenir qu'une semblable clause n'est pas en harmonie avec les principes directeurs de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, cette dernière considérant les gérants comme des mandataires généraux dotés de pouvoirs plus affermis que ne sont les pouvoirs des administrateurs des sociétés anonymes, et devant par conséquent être interprétée en ce sens que la nomination des gérants doit être entourée de plus de soins et de plus de précautions que la loi de 1867 n'en exige pour celle des administrateurs de sociétés anonymes.

Par ailleurs, les administrateurs sont obligatoirement des associés, et les lois antérieures à celle de 1867 prévoyaient même que ce seraient toujours des actionnaires importants, possédant, dans leur ensemble, une fraction déterminée du capital social. Rien de semblable n'existe pour les gérants des sociétés à responsabilité limitée, lesquels peuvent être des étrangers, à qui on ne peut raisonnablement pas attribuer une sorte de survivance dans les pouvoirs de gérance qui leur sont dévolus en raison de leurs qualités individuelles.

**64. Conditions d'éligibilité. Incompatibilité.** — Les fonctions de gérant d'une société à responsabilité limitée n'entraînent pas, pour celui qui les exerce, la qualité de commerçant <sup>1</sup>. Le gérant loue ses services; il travaille pour la société quelquefois à titre gratuit (le seul intérêt que présente alors pour lui une bonne gestion est d'accroître le revenu de ses propres parts), le plus souvent contre une rémunération que le contrat précise, et qui peut être composée d'éléments fixes ou d'éléments proportionnels, ou même des deux cumulés. Mais le gérant est, dans tous les cas, une personnalité indépendante. Sa solvabilité n'entre pas en ligne de compte. Il représente la société, non pas comme un associé en nom collectif, mais comme un directeur général.

La faillite de la société ne peut donc entraîner la faillite personnelle du gérant, à moins que l'on ne se trouve dans un de ces cas exceptionnels, que la jurisprudence n'a eu encore que d'assez rares occasions d'appliquer, et où la faillite d'une société entraîne légitimement celle d'un associé qui, par son ingérence totale, et par la prédominance absolue de ses intérêts propres dans l'ensemble des intérêts pécuniaires nés du fait d'une société qu'il devenait dès lors possible d'arguer de simulation, en

1. Lépargneur, p. 271; Drouets, n° 72; Piot, n° 6 bis; Houpin et Bosvieux, 1585.

était arrivé à confondre son patrimoine individuel avec le patrimoine social <sup>1</sup>.

L'article 22 de la loi du 24 juillet 1867 exige impérativement que les administrateurs d'une société anonyme soient exclusivement recrutés parmi les associés. Par une innovation, d'une nature très particulière, le législateur de 1925 n'a pas reproduit cette disposition et a même explicitement indiqué que le gérant d'une société à responsabilité limitée pouvait être choisi en dehors des associés (article 24, § 1).

C'est bien préciser le caractère de directeur général que l'on doit seulement reconnaître à ce gérant.

Le gérant, étranger à la société, ne passe avec cette dernière aucun contrat autre qu'un louage de services. C'est pour cette raison que nous l'avons considéré (*suprà*, n° 54) comme un étranger à la société et que nous avons indiqué qu'on devait bien le considérer comme tel au cas où il se présenterait comme cessionnaire de parts sociales.

La disposition législative sur ce point est d'autant plus caractéristique que l'article 32 stipule que les membres du conseil de surveillance doivent être obligatoirement recrutés parmi les associés (*infra*, n° 91). Or l'organisme de contrôle qui est le Conseil de surveillance est bien peu considérable si on le compare à l'organe d'action qu'est le gérant.

La fonction de gérant ne conférant pas intrinsèquement la qualité de commerçant et ne devant s'analyser que comme un mandat, toute personne compétente pour recevoir un mandat sera, en principe, compétente pour exercer les fonctions de gérant dans une société à responsabilité limitée.

Un mandataire n'agissant pas en son nom, mais agissant au nom du mandant, peut ne pas avoir personnellement la capacité nécessaire pour effectuer les opérations qu'il effectue au nom du mandant. Il en serait d'autant plus ainsi au cas où l'on admettrait la théorie que nous avons indiquée plus haut et par laquelle le gérant d'une société à responsabilité limitée doit être considéré comme un représentant légal plutôt que comme un mandataire, au moins en ce qui touche les opérations externes, faites par la société avec des tiers.

Mais on ne peut se dissimuler que l'exercice, par un incapable, d'un mandat aussi complexe, aussi important, que la gérance d'une société à responsabilité limitée offrira de multiples occasions pour des discussions ou des difficultés qu'il vaudra toujours mieux s'efforcer d'éviter.

Le gérant d'une société à responsabilité limitée peut être une autre

1. Voir Copper Royer, I, 17 bis.



société, que cette société soit une société de personnes, — auquel cas, la gérance sera effectivement exercée par son associé gérant, — ou que cette société soit une société de capitaux, — auquel cas la gérance sera exercée par un administrateur spécialement délégué à ces fins, ou, s'il s'agit d'une autre société à responsabilité limitée, par les gérants de cette autre société.

Ces administrateurs ou gérants ne seront pas eux-mêmes personnellement responsables des actes d'une gérance qui, bien qu'exécutée par leur personne physique, est, en droit, exécutée par la société dont ils ne sont que les représentants.

Certaines incompatibilités ont été édictées par diverses lois spéciales, lesquelles ont eu surtout en vue les fonctions d'administrateur de société anonyme, mais qui peuvent être considérées comme applicables aux fonctions de gérants de société à responsabilité limitée.

Les agents de l'administration ne peuvent participer à la gérance de quelque société que ce soit, financière, industrielle ou commerciale. Les notaires et les avocats ne peuvent, sans violer les règles professionnelles de leur corporation, faire partie du Conseil d'administration d'une société anonyme, et cette prohibition qui date, pour les notaires, d'une ordonnance du 4 janvier 1843, et, pour les avocats, d'un arrêté du Conseil de l'ordre du barreau de Paris, en date du 27 juin 1865, ne peut manquer, pour analogie de motifs, de s'appliquer à la gérance d'une société à responsabilité limitée.

L'article 88 de la loi du 31 décembre 1928 interdit aux sénateurs et aux députés d'exercer toute fonction de directeur, d'administrateur, de membre du Conseil de surveillance, de *gérant* ou de représentant, dans les sociétés jouissant d'une garantie d'intérêts de l'Etat ou d'avantages quelconques assurés par l'Etat.

La sanction est, en pareil cas, la déchéance du mandat législatif.

La prohibition de l'article 88 ne touche donc en rien la validité même de la société envisagée.

Enfin, diverses lois exigent, pour certaines catégories de sociétés, que les administrateurs soient, pour le tout ou pour partie, de nationalité française. Ces lois, antérieures à 1925, n'ont pu viser les sociétés à responsabilité limitée, qui n'existaient pas encore, mais elles leur sont évidemment applicables, pour identité d'objet. Nous citerons notamment la loi du 7 avril 1902 sur la marine marchande, d'après laquelle la nationalité française doit appartenir à la majorité des administrateurs, au président du Conseil et à l'administrateur délégué de toute société,

propriétaire de bâtiments maritimes et recevant une allocation de compensation d'armement ou une prime à la navigation;

— la loi du 13 mars 1917 qui impose la nationalité française aux administrateurs des sociétés anonymes ayant pour objet les entreprises de caution mutuelle ou les banques populaires;

— la loi du 8 janvier 1916 qui impose la nationalité française aux administrateurs de sociétés anonymes jouissant de concessions coloniales (au moins pour les trois quarts des administrateurs, pour le président du Conseil, pour les administrateurs délégués et pour les directeurs);

— le décret du 21 avril 1920 exige également, pour les sociétés appelées à recueillir de l'État français une concession minière nouvelle, que les deux tiers au moins des administrateurs soient de nationalité française, ainsi encore que le président du Conseil, les administrateurs délégués et tous directeurs ayant la signature sociale.

Nous rappellerons ici l'article 175 du Code pénal d'après lequel tout fonctionnaire qui aura pris ou reçu quelque intérêt que ce soit dans les entreprises dont il avait, au temps de l'acte, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance, sera puni d'un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus, et d'une amende à fixer d'après les restitutions ou les indemnités qui seraient ordonnées; ce texte a été précisé par l'article 10 de la loi du 6 octobre 1919 qui a déclaré que tout fonctionnaire, agent ou préposé d'une administration publique, chargé, à raison même de sa fonction, de la surveillance et du contrôle direct d'une entreprise privée, et qui, soit en position de congé, ou de disponibilité, soit après admission à la retraite, soit après démission, destitution ou révocation, et pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de la fonction, prendra ou recevra une participation par travail, conseils ou capitaux (sauf par dévolution héréditaire en ce qui concerne les capitaux) dans les concessions, entreprises ou régies qui étaient directement soumises à sa surveillance ou à son contrôle sera puni de la même peine d'emprisonnement et de 100 à 5.000 francs d'amende.

La loi du 6 octobre 1919 ajoute que les dirigeants des concessions, entreprises ou régies, considérés comme complices, seront frappés des mêmes peines.

Les fonctions de gérant semblent bien rentrer dans le rayon d'action de cette loi.

Nous rappellerons également que la loi du 19 juin 1930 a frappé les individus antérieurement condamnés pour certains délits, ou les faillis

non réhabilités, d'une déchéance spéciale, les empêchant d'exercer la profession de banquier, ou d'administrer, de diriger et de gérer à un titre quelconque une société, ou une agence ayant pour objet toutes opérations de banque, de bourse ou de placement de valeurs mobilières.

Les fonctions dévolues aux gérants doivent être expressément acceptées, et cette acceptation résultera, soit de la signature donnée par le gérant sur l'acte initial constatant sa désignation, soit de la signature du gérant nommé *à posteriori* sur le procès-verbal d'assemblée procédant à la nomination en remplacement d'un précédent gérant, soit enfin par exécution d'un certain nombre d'actes inhérents à la fonction de gérant et qu'une personne qui ne serait pas gérante ne pourrait en aucune façon vouloir effectuer. Le fait de faire procéder aux formalités de publicité légale concernant la société suffit pour faire invinciblement présumer le consentement donné par le gérant aux fonctions qui lui ont été dévolues <sup>1</sup>, de même également que le fait de donner sa démission <sup>2</sup>.

**65. Durée des fonctions du, ou des gérants.** — La loi de 1925 ne contient aucune disposition analogue à celle de l'article 25 § 2 de la loi du 24 juillet 1867, d'après laquelle les administrateurs d'une société anonyme ne peuvent être nommés pour plus de six ans. Au contraire, l'alinéa 2 de l'article 24 de la loi de 1925 spécifie que les gérants peuvent être nommés *pour un temps limité ou sans limitation de durée*.

Le ou les gérants peuvent donc valablement être nommés pour une année, comme ils peuvent être nommés pour dix ans, comme ils peuvent être nommés pour toute la durée de la société, comme ils peuvent encore être nommés sans indication quant à la durée de leurs fonctions. Dans ce dernier cas, les gérants exercent leurs fonctions jusqu'à ce qu'ils meurent, ou jusqu'à ce qu'ils démissionnent, ou encore jusqu'à ce qu'intervienne à leur encontre une mesure emportant révocation des pouvoirs à eux conférés. Nous étudierons spécialement, *infra*, n° 67, les modalités d'une décision de cette nature.

Lorsque les gérants n'ont été nommés que pour un temps relativement court, ils peuvent toujours être l'objet d'une réélection, sauf indication contraire contenue aux statuts.

**66. Démission d'un gérant.** — Aux termes de l'article 3007 du Code civil, un mandataire peut toujours renoncer au mandat dont il est investi, en notifiant au mandant cette renonciation.

1. Comp. Civ. rej. 20 décembre 1883, D. P. 83.1.301.

2. Comp. Lyon, 11 août 1882, D. P. 83.2.121.



L'article 2007 ajoute que, néanmoins, si cette renonciation porte au mandant un préjudice, le mandataire devra une indemnité, à moins qu'il ne se trouve lui-même dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver un préjudice considérable.

Cet article 2007 ne peut manquer de recevoir application quand le mandataire est le gérant d'une société à responsabilité limitée.

Le gérant et la société ont, entre eux, un lien de droit. Ce lien de droit résulte du concours de deux consentements, celui de la masse collective des associés, cette dernière ayant décidé de donner le mandat, et celui du gérant, celui-ci ayant accepté le mandat.

Le troisième alinéa de l'article 24 dit que les gérants ne peuvent être révoqués que pour des causes légitimes. Nous examinerons un peu plus loin comment, à notre avis, doit s'interpréter cette disposition du législateur.

Ce troisième alinéa ne concerne que le consentement donné par le mandant.

La loi ne donne aucune indication spéciale quant au consentement donné par le mandataire; ce consentement doit donc être soumis à toutes les règles du droit commun. Ces règles se trouvent exposées dans l'article 2007.

Il faut donc convenir qu'un gérant peut à tout moment donner sa démission; qu'il ne peut cependant le faire dans des conditions qui causeraient à la masse collective des mandants un préjudice immérité; que la sanction d'un abus en ce sens consistera en dommages-intérêts que devra le gérant, démissionnaire dans des conditions estimées abusives; que, cependant, si le gérant justifie d'un intérêt considérable pour lui à voir cesser ses fonctions de gérant, l'opposition des deux intérêts en cause doit se régler par la prédominance de l'intérêt du mandataire.

La maladie est, au premier chef, une cause légitimant la cessation des fonctions exercées par le gérant.

Il semble même, d'après les termes de l'article 2007, que la perspective d'un préjudice pécuniaire, par manque à gagner, suffirait pour légitimer une démission; par exemple, le gérant qui justifiera qu'une situation infiniment plus avantageuse lui est offerte par ailleurs à condition d'y consacrer tout son temps, peut donner sa démission de gérant. Mais il faut bien entendu qu'il donne aux associés le temps moralement nécessaire pour assurer son remplacement, ou, à tout le moins, pour assurer une gestion provisoire des biens sociaux.

En tout état de cause, et alors même que la légitimité de la démission donnée par un gérant pourrait être contestée, le gérant démissionnaire

a le droit absolu d'exiger que sa démission soit portée à la connaissance des tiers. Il ne faut pas confondre la légitimité d'une démission avec son opposabilité. La démission donnée est toujours opposable à la société. Cette dernière ne peut que demander une indemnité, si elle justifie d'un préjudice et dans la mesure de ce préjudice. Encore le mandataire démissionnaire est-il, dans certaines circonstances, spécialement excusable.

Mais la démission doit être publiée. L'article 14 dit que l'*extrait* à faire paraître dans un journal d'annonces légales doit contenir le nom des personnes autorisées de gérer, administrer et signer pour la société, — et l'article 17 assujettit aux mêmes formalités toute modification apportée aux statuts, ainsi encore que tout changement d'associé. Assurément, la cessation par un gérant de ses fonctions doit également être publiée. Cette cessation doit, en outre, être mentionnée au registre du Commerce.

Les formalités de publicité légale ne peuvent être accomplies, aux termes de l'article 16, que sur la signature d'un associé investi d'un pouvoir spécial. Cet associé sera très généralement le gérant.

Le gérant démissionnaire a le droit d'exiger qu'il soit procédé sans tarder à leur accomplissement.

Il devra donc intervenir, pour assurer les dépôts dans les greffes, une convention quelconque, susceptible d'être établie en plusieurs exemplaires, et par laquelle, d'une part, le gérant manifestera sa volonté de ne plus exercer le mandat dont il avait été investi, et, d'autre part, la société acceptera cette démission.

En pareil cas, la société pourrait être valablement représentée par un autre gérant. Le mieux serait que le tout se passât en assemblée générale.

Mais il peut survenir que les parties ne soient pas d'accord, et qu'aucune convention de cette nature ne puisse être utilement passée.

Le gérant démissionnaire a cependant le droit absolu de faire publier sa démission, ne serait-ce que pour marquer nettement le dissentiment profond qui peut exister entre lui et d'autres co-gérants, et faire cesser à son égard une responsabilité qui, aux termes de l'article 25, peut être solidaire.

D'autre part, le gérant, s'il est lui-même associé (ce qui est de beaucoup le plus fréquent), peut encore arguer de son intérêt à voir cette démission publiée le plus tôt possible, le défaut de publicité d'un acte social ne pouvant, aux termes de l'article 13, dernier alinéa, être opposé aux tiers par les associés.

Devant la négligence ou le mauvais vouloir des autres gérants, le gérant démissionnaire ne peut être désarmé, et il convient de lui reconnaître alors le droit de demander au Président du Tribunal de Commerce statuant en référé la nomination d'un administrateur judiciaire qui sera spécialement chargé de faire ce que les autres gérants doivent contractuellement faire et qu'ils ne font pas, et qui convoquera une assemblée générale des associés pour prendre acte de la démission donnée par le gérant, faire, si besoin est, toutes réserves utiles, puis dresser, de cette assemblée, un procès-verbal qui sera copié en autant d'exemplaires qu'il sera nécessaire, qui sera certifié conforme par cet administrateur judiciaire, à défaut par les intéressés de le faire; enfin, l'administrateur judiciaire aura la mission de procéder aux dépôts dans les greffes qui doivent être effectués, de faire paraître un extrait dans un journal d'annonces légales et de faire inscrire une mention au Registre du Commerce. Le gérant démissionnaire devra faire l'avance des frais nécessités par ces diverses opérations, mais il acquerra, de ce fait, une créance sur la société, laquelle aurait dû normalement supporter ces frais. Le gérant démissionnaire pourra, s'il le juge utile, poursuivre, par une instance au fond, le recouvrement de cette créance spéciale.

**67. Révocation d'un gérant.** — Nous venons de voir, au paragraphe précédent, que la convention de gérance résultait d'un accord de volontés, celle de la société mandante, celle du gérant mandataire, et nous avons vu également que, par application des principes du droit commun en matière de mandat, cette convention de gérant pouvait être ultérieurement résiliée par la volonté qu'en manifesterait une seule des parties, le mandataire, sous la seule condition que cette volonté de résiliation ne soit ni abusive, ni préjudiciable, ni absolument injustifiée.

On peut se demander pour quelles causes il n'en serait pas de même lorsque la volonté de résilier serait manifestée par le mandant, c'est-à-dire par la société, statuant par l'organe d'une assemblée générale réunissant toutes conditions requises de quorum et de majorité.

On ne peut en effet perdre de vue que le droit de démissionner qui est couramment accordé au mandataire résulte de l'article 2007 du Code civil, mais on ne peut aussi perdre de vue que cet article 2007 est précédé d'un article 2003 qui dit : *Le mandat finit : par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat...*

Ainsi donc, le Code civil met sur un pied de parfaite égalité le droit de démission et le droit de révocation.



L'article 2004 pose en outre un principe qui doit être considéré comme un principe d'ordre général : *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble...*

En matière de sociétés de capitaux, ce principe de révocation possible doit d'autant plus être admis que l'administrateur ou le gérant possède des pouvoirs d'une redoutable universalité, de telle sorte qu'il est pratiquement inadmissible de dire qu'une majorité d'associés peut être contrainte de supporter un gérant qui a cessé de lui inspirer confiance par cela seul qu'une majorité antérieure avait accordé à ce même gérant sa confiance pour un temps plus ou moins long.

En matière de sociétés anonymes, la révocabilité des administrateurs ne souffre aucune discussion; elle est admise à l'état de dogme, tant à cause de l'article 2004 du Code civil (qui pose le principe) qu'à cause de l'article 22 de la loi de 1867 qui qualifie les administrateurs de mandataires révocables; c'est de ce texte que la jurisprudence est partie pour déclarer la révocabilité absolue et *ad nutum* des administrateurs <sup>1</sup>.

Il n'en est pas exactement de même en matière de sociétés à responsabilité limitée parce que la loi de 1925 ne reproduit pas les termes de l'article 22 de la loi de 1867, et — bien au contraire, — déclare au dernier alinéa de son article 34 que *les gérants nommés par l'acte de société ou par un acte ultérieur ne sont révocables que pour des causes légitimes*.

Mais ce serait, à notre avis, donner à ce texte une interprétation exagérée que de lui faire dire que les associés, après avoir nommé un gérant, ne peuvent plus le révoquer.

Non.

Le principe demeure celui de l'article 2004 du Code civil : tout mandataire est révocable, toute révocation peut provenir du seul consentement de celui qui a, une première fois, conféré le mandat.

Seulement, il y a des révocations de mandat qui peuvent, à cause d'un texte spécial, être abusives, injustifiées, fantaisistes, sans, pour cela, engager la responsabilité du mandant; toutes clauses contractuelles tendant à garantir le mandataire seront réputées non écrites; telles sont les révocations d'administrateurs de sociétés anonymes.

Et puis, il y a les révocations ordinaires de mandat, lesquelles ne peuvent être prononcées dans des conditions abusives, ou, au moins, à l'encontre desquelles les intéressés peuvent se prémunir par des stipulations contractuelles prononçant un dédit en faveur du révoqué qui ne se verrait accuser d'aucune faute notoire <sup>2</sup>.

1. Voir Copper Royer, II, 599.

2. Comp. Civ. rejet, 19 novembre 1889, D. P. 90.1.295.

Enfin, existent certaines révocations de mandat qui n'ont pas besoin de contenir une clause contractuelle de dédit pour ouvrir au mandataire, révoqué sans cause légitime, un droit à indemnité, droit alors uniquement né du fait même de l'acte portant révocation.

Dans cette troisième catégorie rentrera la révocation d'un gérant de société à responsabilité limitée.

Le mandant (c'est-à-dire la société) peut, à tout moment, révoquer le mandataire et faire cesser le mandat.

Mais cette révocation peut constituer soit un acte légitime, qui n'engendre pas, pour celui qui en est à la fois l'objet et la victime, un droit à indemnité, soit un acte abusif, lequel engendre, *de plano*, un droit à indemnité <sup>1</sup>.

Voilà tout ce qu'a voulu dire, et, juridiquement, on peut même ajouter : voilà tout ce que peut vouloir dire le troisième alinéa de l'article 24.

Cette disposition légale s'apparente de très près à celle de l'article 1780 du Code civil, tel que l'a établi la loi du 27 décembre 1890. On est alors en matière de louage de services. Le louage de services ressemble au mandat. Et le mandat conféré au gérant, qui doit travailler pour la société qu'il va représenter, ressemble aussi beaucoup à un louage de services.

Le législateur dit que *le louage de services, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes*.

Et c'est là reproduire les indications que donnent les articles 2004 et 2007.

Puis il ajoute : *Néanmoins, la résiliation du contrat, par la volonté d'un seul des contractants, peut donner lieu à des dommages-intérêts*.

Un autre alinéa ajoute : *Les parties ne peuvent renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus*.

Nous rentrons bien ici dans le domaine de ceux des mandats qui peuvent être révoqués, mais qui ne peuvent l'être arbitrairement sous peine d'entraîner à la charge du mandant une obligation pécuniaire qui naît du fait même de la révocation.

La distinction qu'il convient de faire dans les révocations de mandat ne porte pas sur le droit intrinsèque de révocation, mais sur le droit à indemnité qui naît du fait de la révocation, ce droit à indemnité ne pouvant même pas provenir d'un texte contractuel dans certains man-

1. Encore n'y aura-t-il droit à indemnité acquis *de plano* que lorsque le contrat de gérance aura été conclu pour une durée déterminée (Besançon, 30 décembre 1896, D. P. 98.2.86).

dates qui sont à l'une des extrémités, ce droit à indemnité ne pouvant pas faire l'objet d'aucune renonciation préventive, dans les mandats qui sont à l'autre extrémité <sup>1</sup>.

On ne saurait donc admettre, croyons-nous, la doctrine professée par de nombreux auteurs, lesquels ont vu, dans ce troisième alinéa de l'article 24, une véritable prohibition, une contradiction absolue à l'article 2004, au lieu de n'y voir qu'une opposition à l'article 22 de la loi de 1867, et qui en ont tiré cette conséquence que la société mandante ne pouvait librement exercer son droit de révocation et qu'elle devait s'adresser aux tribunaux pour que ceux-ci prononcent une révocation dont l'article 2004, corroboré en cela par l'article 1780, attribue le libre exercice au mandant, sous la seule obligation de devoir, peut-être, des dommages-intérêts.

Autrement dit, la charge de la preuve n'incombe même plus, suivant ces auteurs, au gérant révoqué, lequel poursuivra une demande en indemnité; elle pèse intégralement sur la société mandante qui doit apporter devant les tribunaux la preuve des causes légitimes qui justifient sa demande <sup>2</sup>.

C'est une erreur, croyons-nous, de donner en une semblable discussion une importance déterminante à l'article 1856 du Code civil, qui, uniquement relatif aux sociétés de personnes, déclare que le pouvoir conféré à un associé de gérer et d'administrer ne peut être révoqué sans cause légitime tant que la société dure. Nous ne sommes pas ici en présence d'une société de personnes, mais d'une société de capitaux. L'article 1856 ne parle que des associés gérants, par conséquent de ceux qui ont contribué à la formation du capital par leur apport et par leur solvabilité, et dont le consentement a pu être déterminé par la pensée qu'ils seraient appelés à gérer eux-mêmes l'entreprise commune. Enfin, la loi de 1925 différencie nettement les gérants d'une société à responsabilité limitée des gérants d'une société civile en reconnaissant que les premiers peuvent ne pas être associés <sup>3</sup>.

1. Jugé que l'employé qui jouit d'une participation aux bénéfices peut être congédié dans les mêmes conditions qu'un employé ordinaire (Req. 17 avril 1872, D. P. 73.1.311; Paris, 28 juillet 1877, *J. Trib. Comm.*, t. XXVII, n° 116).

Comp. également Baudry-Lacantinerie et Wahl, 2791; Aubry et Rau, t. V, § 372-2°, texte et note 21; Lyon-Caen et Renault, n° 59.

2. Comp. en ce sens Pic et Baratin, 284; Lépargneur, p. 333; Piot, n° 31; Houpin et Bosvieux, 1587.

Ces derniers auteurs reconnaissent du reste que la solution qu'ils préconisent prête à de graves inconvénients pratiques.

3. Comp. sur l'inapplicabilité de l'article 1856 aux gérants non associés, Paul Pic; au Dalloz, Rép. prat. *Société*, n° 475.



Cette doctrine est, à notre avis, inadmissible tant au point de vue du droit qu'au point de vue du fait. Elle confond la révocation d'un mandat ou d'un louage de services avec la résiliation d'un contrat autre que le mandat ou que le louage de services. Elle heurte, par conséquent, d'une manière trop profonde les principes généraux du droit, soit en matière de mandat, soit en matière de louage de services, pour demeurer admissible, et l'on ne peut que s'étonner de voir un esprit aussi juridique qu'est celui de certains des auteurs qui l'ont imprudemment prônée s'être égaré dans une interprétation aussi extrême.

On doit d'autant plus s'en étonner que les travaux préparatoires sont absolument nets et précis sur cette question même <sup>1</sup>. Le rapporteur de la loi à la Chambre des Députés, M. Manceau, déclarait, le 16 novembre 1921 : « En réalité, cependant, il y a peu de différence entre le « droit de révocation *ad nutum* et le droit de révocation uniquement « pour causes légitimes. Il n'en résulte en effet aucunement que les « associés soient obligés de prouver la légitimité de leurs griefs avant de « procéder à la révocation. Celle-ci est un fait devant lequel le gérant « ne peut que s'incliner, volontairement ou par autorité de justice, « sous réserve des réparations qu'il se croira fondé à obtenir. »

M. Chapsal, rapporteur de la loi au Sénat, a fait des déclarations exactement identiques et qu'on ne peut du reste que reconnaître comme strictement conformes aux principes du droit : « La différence, disait-il, « est peu sensible entre le droit de révocation *ad nutum* et la révocation « uniquement pour motifs légitimes. Les associés ne sont pas tenus, « avant de procéder à la révocation, de faire la preuve de la légitimité « de leurs griefs. Mais le gérant conserve toujours le droit de s'adresser à « la justice, s'il se croit fondé à demander des dommages-intérêts. »

Par conséquent, nous pensons très fermement que la société mandante peut, à tout moment, ordonner la révocation du gérant qu'elle avait tout d'abord investi de sa confiance. Pour manifester sa volonté, la société ne peut agir que par l'organe de son assemblée générale. Celle-ci devra être, à notre avis, une assemblée générale de l'article 31; elle devra par conséquent réunir une masse d'associés représentant les trois quarts au moins du capital social, et délibérer à la majorité. Nous examinons, *infra*, n° 82 ce qu'il convient d'entendre par majorité.

Nous avons vu, *suprà*, n° 60, une hypothèse où la révocation d'un gérant apparaît comme la seule solution qu'il soit à la fois possible et pratique de préconiser. Cette hypothèse est la suivante : il y a plusieurs

1. Comp. D. P. 1925.4.175, colonnes 2 et 3.

gérants. Tous doivent agir de concert. Mais il y a désaccord entre eux quant aux directives à donner aux affaires sociales, ou quant à l'établissement des comptes. Alors les parties s'adressent au Tribunal. Celui-ci, statuant par voie de référé, nomme un gérant judiciaire qui exécute l'opération sociale que, vu leurs divergences de vues, les gérants contractuels ont cessé de pouvoir effectuer. Ce gérant judiciaire convoque l'assemblée générale des associés pour que cette réunion souveraine statue sur le différend survenu entre les gérants et donne à ces derniers des directives. L'assemblée se tient. Elle statue. Elle se décide pour une des alternatives proposées. Forcément, il y a un des gérants dont l'opinion individuelle est condamnée. Ce gérant doit se soumettre. Ou, sinon, il doit démissionner. Il n'est plus dans le rayon du consentement qui était à la base de sa nomination comme gérant par les associés.

Supposons qu'il ne s'incline pas. Il s'obstine. L'assemblée ne peut que le révoquer.

Le consentement qui est à la base de tout contrat et qui est à la base du mandat qui lui fut conféré n'a existé que sous la condition implicite et nécessaire d'un esprit permanent d'obéissance quant aux directives que lui donnerait l'Assemblée générale, organe de volonté de l'Etre moral.

Nous ferons immédiatement remarquer qu'il existe dans la loi une lacune : l'article 31 de la loi de 1925 ne prévoit aucun *quorum* décroissant analogue à celui que prévoient et autorisent pour les sociétés anonymes les lois des 22 novembre 1913 et 1<sup>er</sup> mai 1930. Par conséquent, si, pour une cause quelconque, le *quorum* des trois quarts ne peut être réuni dans une assemblée, la volonté de la société ne pourra jamais se manifester efficacement, et, du même coup, la révocation d'un gérant apparaîtra comme pratiquement impossible, alors même qu'il serait patent que cette révocation est souhaitée par des associés représentant soixante-dix pour cent du capital. Il suffira même, semble-t-il, que le gérant possède par lui-même, ou par des personnes à sa dévotion, trente pour cent des parts divisant le capital, pour que, par une abstention systématique, il rende impossible le fonctionnement de toute assemblée générale extraordinaire, et, par voie de conséquence, pour qu'il rende pratiquement impossible le vote d'une résolution le révoquant de ses fonctions de gérant.

Il est évident qu'une semblable solution est une impasse, due à une imprévision du législateur, et dont les tribunaux se doivent à eux-mêmes d'amortir les conséquences.

La mauvaise volonté des dissidents minoritaires sera d'autant plus

facile à démontrer que, toutes les parts étant strictement nominatives, le caractère systématique de leur abstention répétée peut facilement se reconnaître.

Il y a alors abus de droit, parce qu'il y a violation des conditions implicites du consentement donné à l'origine par chacun des associés, ceux-ci pliant leur volonté individuelle à toutes les décisions futures que prendrait la majorité, mais ne devant être réputés avoir consenti à un tel abandon que dans la pensée d'un jeu normal et permanent de toutes les institutions assurant la vie sociale. Si une déloyauté se produit, une tricherie, ceux qui pratiquent cette tricherie commettent un abus de droit, parce qu'ils utilisent le droit apparent qu'ils possèdent pour assurer une violation des conditions implicites du contrat, et, en quelque sorte, des règles du jeu.

Alors, et alors seulement, les associés qui forment une majorité, mais qui ne peuvent parvenir à réunir une assemblée générale extraordinaire par l'effet d'une faute notoire d'une minorité dissidente, peuvent s'adresser aux tribunaux, exposer les raisons qui les poussent à voter la révocation du gérant, et demander aux juges de prononcer cette révocation.

Un semblable arrêt dans le fonctionnement normal des institutions légales et statutaires pourrait aussi justifier une dissolution anticipée de la société pour dissentiments graves et permanents (voir *infra*, n° 94). Le gérant serait alors remplacé par un liquidateur judiciaire, auquel seraient exclusivement transférés tous pouvoirs quant à la représentation de la société<sup>1</sup>.

L'article 29 de la loi de 1925 établit qu'une assemblée générale peut toujours être convoquée soit par le gérant, soit par le conseil de surveillance (quand il en existe un, ce qui n'est pas le cas le plus fréquent) soit par un groupement d'associés représentant plus de la moitié du capital social.

Les statuts sociaux peuvent valablement contenir des dispositions plus extensives, et, notamment, imposer au gérant l'obligation de convoquer l'assemblée générale des associés quand il en sera requis par un groupement d'associés représentant une fraction inférieure à la moitié du capital social.

Mais il faut reconnaître que certaines difficultés pratiques environneront toujours la mise en marche de l'organisme social destiné à aboutir à un vote portant révocation du gérant.

1. Jugé notamment, à l'occasion d'une société civile, que les associés peuvent requérir du président du tribunal statuant en référé la nomination d'un séquestre et l'expulsion *manu militari* des gérants (Paris, 6 janvier 1866, D. P. 66.2:25).



Et on peut facilement admettre que ces difficultés pratiques auront souvent pour résultat de rendre plus solide la situation du gérant, mieux que toute autre doctrine, car, suivant la théorie opposée à celle que nous préconisons, on doit reconnaître que le tribunal pourrait être valablement saisi d'une demande en révocation pour causes légitimes sur la demande d'un seul des associés »<sup>1</sup>.

Les juges du fond seront toujours souverains maîtres d'apprécier la nature et l'importance des causes ayant déterminé les associés à prononcer la révocation d'un gérant<sup>2</sup>.

Nous pensons qu'il est raisonnable de suivre, en cette matière encore neuve en jurisprudence, la doctrine qui a eu de fréquentes occasions de s'affirmer quand il s'est agi d'interpréter le nouvel article 1780 du Code civil. La jurisprudence reconnaît que la loi de 1890, modificatrice de cet article 1780, n'a fait que consacrer une jurisprudence antérieure qui proclamait que les parties sont toujours libres de mettre fin au contrat, cette rupture ne pouvant justifier une demande en dommages-intérêts contre celui qui la provoque que si elle procède d'un abus, c'est-à-dire d'un acte excédant les prévisions que pouvaient raisonnablement avoir les parties quand elles se sont unies l'une à l'autre; l'existence de cet abus, ou de cette faute, est à la charge du demandeur en indemnité. La loi de 1890 a donc laissé à chacune des parties engagées dans un contrat de louage de service le droit de mettre fin au contrat quand bon lui semble, mais celui qui le rompt abusivement et sans cause légitime commet à l'égard de l'autre partie une faute, génératrice d'un droit à indemnité<sup>3</sup>.

Quant aux motifs de résilier un contrat, il faut, pour en comprendre l'importance, se reporter aux conditions dans lesquelles, originairement, a pu se produire le consentement réciproque que les parties se sont donné.

1. Comp. en ce sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 296.

2. Mais les juges du fait sont tenus de préciser les circonstances d'où ils font résulter l'existence, ou l'inexistence de l'abus du droit de résiliation, afin que la Cour de cassation puisse exercer un contrôle sur les conséquences qu'ils ont déduites des faits souverainement constatés par eux, c'est-à-dire sur le point de savoir s'il y a eu, ou non, résiliation abusive (Civ. cass. 20 mars 1895, D. P. 95.1.249; Civ. cass. 18 juillet 1899, D. P. 1900.1.485; Civ. cass. 14 juin 1886, D. P. 1906.1.503).

3. Comp. notamment Civ. cass. 20 mars 1895, D. P. 95.1.249; Civ. rejet, 20 février 1896, D. P. 96.1.578; Civ. rej. 19 juin 1897, D. P. 98.1.540; Req. 28 juillet 1897, D. P. 98.1.16; Civ. rejet, 12 novembre 1900, D. P. 1901.1.22; Req. 18 mars 1901, D. P. 1901.1.264; Civ. cass. 27 novembre 1910, D. P. 1913.1.20; Civ. cass. 19 juin 1911, D. P. 1912.1.543; Civ. cass. 27 décembre 1911, D. P. 1912.1.136.

Comp. Colin et Capitant, p. 591.

Le gérant peut avoir été nommé pour un temps déterminé — pour un temps indéterminé —, ou pour toute la durée de la société.

Ces circonstances de fait ne peuvent changer la révocabilité même du gérant, mais elles peuvent notablement influencer sur le quantum de l'indemnité due par la société au gérant révoqué sans motifs absolument légitimes. La situation du gérant qui fut nommé pour un temps déterminé est assurément plus forte que celle du gérant nommé pour une période indéterminée, car on peut admettre que la volonté réciproque des parties fut alors d'assurer au gérant une situation stable <sup>1</sup>.

La situation du gérant nommé pour toute la durée de la société est une situation intermédiaire, car on peut admettre que, sitôt que la société a, elle-même, une durée assez longue, de quinze ou vingt ans par exemple, la volonté des associés a été de ne donner à des fonctions ainsi dévolues qu'une durée indéterminée.

Quant aux faits intrinsèquement suffisants pour justifier une révocation, ils sont laissés à l'appréciation des juges du fond, sous le contrôle cependant de la Cour de cassation qui doit toujours être à même de vérifier l'exactitude des conséquences que les premiers juges ont tirées de faits, souverainement constatés dans leur matérialité. Le principal motif légitime de révocation sera toujours une inobservation par le gérant des directives à lui données par les statuts ou par les associés, statuant en assemblée générale. Il faut, bien entendu, mettre à part les cas de malversation, lesquels créent une cause de révocation qui ne se discute pas.

La révocation d'un gérant doit être publiée, parce que tout changement de gérant correspond à une modification statutaire, mais les intéressés devront toujours faire en sorte que la publicité donnée, pour obéir à la loi, à cette révocation, ne vienne pas apporter à celui qu'elle vise et qu'elle frappe un surcroît de dommage. Même justifiée, une révocation doit être discrète.

La publicité doit, en pareille matière, consister dans des dépôts dans les greffes, dans la publication d'un extrait dans un journal d'annonces légales, enfin dans une inscription modificatrice faite au Registre du Commerce.

1. La jurisprudence admet, en matière de louage de services, que le contrat fait pour une durée déterminée, et rompu par la volonté unilatérale d'une seule des parties, crée, par le seul fait de sa violation ou de l'impossibilité d'exécution qu'impose la partie qui impose la rupture, un droit à indemnité; mais les dommages-intérêts cessent d'être dus si la résiliation a été motivée par un manquement grave de la personne révoquée (Paris, 10 mai 1887, D. P. 88.2.76; Civ. rej. 28 février 1896, D. P. 96.1.158).

Les dépôts devront comprendre un exemplaire certifié conforme de la délibération de l'assemblée générale prononçant révocation du gérant. C'est surtout par ce document qu'une publicité nocive peut être imprimée à un acte qui, normalement, ne devrait pas franchir les frontières des rapports internes devant exister entre les parties. Aussi les rédacteurs du procès-verbal devront-ils s'efforcer d'atténuer toutes les imputations portées par certains associés contre le gérant dont ils demandent la révocation et ne livrer aux greffes qu'un texte ne causant pas, par lui seul, un préjudice supplémentaire et, en tout état de cause, immérité.

Les mêmes précautions devront être prises dans l'extrait publié dans un journal d'annonces légales.

Enfin, l'inscription modificatrice au registre du commerce devra surtout mentionner la cessation de tous pouvoirs conférés au gérant précédemment en fonctions, et son remplacement par tel autre gérant, nominativement désigné.

Il ne semble pas au surplus que le délit de diffamation puisse résulter de ce seul fait qu'un procès-verbal d'assemblée générale contenant imputation de faits déterminés, de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, aura été déposé dans les greffes où, suivant l'article 19 de la loi de 1925, toute personne aura le droit d'en prendre communication et même de s'en faire délivrer des expéditions. En effet, le délit de diffamation n'existe (indépendamment de la volonté délictuelle qui est, aussi, un élément constitutif du délit dont la prévention doit rapporter la preuve) que si la publicité donnée aux imputations déshonorantes a été réalisée par l'un des moyens limitativement spécifiés par les articles 23 et 28 de la loi du 29 juillet 1881 <sup>1</sup>. Ces textes n'ont pas visé les greffes de justice de paix ou de tribunal de commerce.

Mais le dépôt d'un semblable procès-verbal pourrait donner naissance à une poursuite contraventionnelle pour injures non publiques <sup>2</sup>.

En pareil cas, la prescription serait acquise au bout d'un an, et cette prescription criminelle entraînerait extinction de l'action civile née à raison des faits pénalement répressibles et, en cette qualité, prescrits.

Le délit de diffamation pourrait au contraire se trouver commis du fait de l'extrait inséré dans un journal d'annonces légales, parce que cet

1. Comp. en ce sens, Crim. cass. 13 juin 1890, D. P. 90.1.451; Aix, 2 février 1899, D. P. 99.2.96.

2. Comp. Crim. cass. 15 juillet 1898, *Bull. Crim.*, n° 256; Req. 7 novembre 1900, D. P. 1901.1.13; Req. 26 décembre 1910, D. P. 1911.1.104; Paris, 19 novembre 1885, D. P. 85.2.150; Grenoble, 26 novembre 1892, D. P. 93.2.270.



extrait paraît dans un imprimé vendu ou distribué, ce qui est un mode de publicité expressément prévu par l'article 23.

Si le délit de diffamation ne pourra généralement pas être relevé en pareil cas, ce sera surtout à cause d'une absence d'intention délictuelle.

Les auteurs qui, contrairement aux principes que nous avons exposés et à la théorie que nous en avons déduite, soutiennent qu'une assemblée générale des associés est, à elle seule, incompétente pour prononcer la révocation d'un gérant, admettent très volontiers que les règles de l'article 24 n'ont aucun caractère d'ordre public et qu'il est par conséquent loisible aux associés d'introduire dans les statuts des clauses déclarant les gérants révocables *ad nulum* de la même manière qu'un administrateur de société anonyme. Ces mêmes auteurs admettent encore que les associés pourraient introduire toutes clauses réglant le droit de révocation directe que se réserveraient ces mêmes associés, et, par exemple, de fixer par avance le montant de l'indemnité à laquelle le gérant pourrait prétendre en cas de brusque renvoi <sup>1</sup>.

Nous ne pouvons admettre la première de ces deux propositions. Nous ne pensons pas que les parties puissent contractuellement convenir qu'un gérant sera assimilable à un administrateur de société anonyme et, comme tel, soit révocable *ad nulum* et sans indemnité, et ce parce que nous avons admis, par interprétation de l'alinéa 3 de l'article 24, que le mandat conféré au gérant d'une société à responsabilité limitée s'apparentait de très près à un louage de services et, comme tel, rentrait dans le vaste champ d'application de l'article 1780.

Or, l'article 1780 prohibe toute convention par laquelle les parties renonceraient par avance au droit éventuel de dommages-intérêts en cas de brusque congédiement <sup>2</sup>.

Une solution inverse peut au contraire intervenir en faveur des clauses qui se contenteraient de fixer par avance le quantum de l'indemnité due à celle des parties qui se verra opposer une rupture, plus ou moins brusquée, et en tous cas non justifiée par des causes sérieuses. Telle est au moins la doctrine qui tend à dominer en doctrine et en jurisprudence lorsqu'il s'agit d'interpréter l'article 1780 du Code civil,

1. Comp. en ce sens, Lépargneur, p. 334; Pic et Baratin, 289; Drouets, p. 201.

2. La jurisprudence est très accentuée en ce sens que les parties ne peuvent, ni directement, ni indirectement, renoncer à l'avance au droit qu'elles tiennent de l'article 1780 du Code civil; toute stipulation tendant à exonérer celle d'entre elles qui mettra abusivement fin au contrat doit être déclarée nulle et non avenue (Civ. cass. 20 mars 1895, D. P. 95.1.317; Civ. cass. 9 juin 1896, D. P. 97.1.106; Civ. rejet. 25 janvier 1899, D. P. 99.1.214; Civ. rej. 16 mars 1903, D. P. 1905.1.127; Civ. rej. 15 janvier 1908, D. P. 1908.1.128).

réserve étant faite de toutes hypothèses où la clause contractuelle acceptée par les parties est plus ou moins entachée de simulation, et peut être considérée, par l'un quelconque de ses éléments, comme ayant pour but d'éluder les prescriptions de la loi<sup>1</sup>.

En tout cas, on doit toujours admettre la validité d'une clause interdisant au gérant qui, pour une cause quelconque, fût-ce une révocation, cessera d'exercer ses fonctions directoriales, de se rétablir ou d'occuper une situation susceptible de faire concurrence aux affaires de la société

**68. Nomination par justice.** — Les gérants peuvent être nommés par une décision de justice. Les cas où interviendront de telles nominations sont les mêmes que ceux pour lesquels, dans une société anonyme les administrateurs sont nommés judiciairement<sup>2</sup>. Il en sera ainsi chaque fois que l'être moral se trouverait, sans cet expédient, privé d'un représentant légal quelconque.

En tout état de cause, le gérant nommé par l'effet d'une décision judiciaire ne pourra très généralement posséder que des pouvoirs limités, et ses fonctions se borneront, soit à assurer la paisible réunion d'une assemblée générale qui, à la majorité, prendra toutes décisions utiles, — soit à prendre les mesures strictement nécessaires pour assurer la vie courante de l'entreprise sociale.

Les tribunaux, saisis d'une demande en nomination d'un gérant provisoire, ne devront se prononcer que si la vie sociale se trouve effectivement compromise dans l'une quelconque de ses manifestations essentielles; les tribunaux devront notamment veiller à ce que leurs décisions ne se substituent pas à une volonté clairement et légalement exprimée par une majorité, que contrecarre une minorité bruyante et agissante; leurs décisions devront nettement constater ou la faute commise par les représentants légaux de la société, lesquels s'obstineraient contre tout droit à accomplir un acte rentrant normalement dans leurs attributions, — ou l'impossibilité matérielle devant laquelle se heurtent la masse collective des associés, ou seulement certains d'entre eux, à faire exécuter une opération sociale dont ils ont le droit d'exiger la réalisation.

**69. Fonctions et pouvoirs des gérants.** — Les gérants sont, à proprement parler, les représentants légaux de la société à responsabilité limitée.

1. Comp. en ce sens, Civ. cass. 15 avril 1913, S. 1914.1.89. — Comp. dans le même sens, Planiol, note au D. P. 93.2.545.

Comp. également Civ. cass. 15 février 1899, D. P. 99.1.367.

2. Voir Copper Royer, II.600.

Tandis que les administrateurs d'une société anonyme sont très généralement, et presque universellement, des mandataires chargés de donner des directives sur l'orientation qu'il convient d'imprimer aux affaires sociales, les opérations matérielles étant l'œuvre journalière d'un administrateur-délégué, d'un directeur général, ou d'une série de locateurs de services travaillant sous une surveillance lointaine exercée, d'une manière plus ou moins efficace, par les administrateurs, lesquels ne se réunissent que de loin en loin, — le gérant d'une société à responsabilité limitée est, bien au contraire, un homme qui fournit, en principe un travail journalier, personnel, actif.

Et c'est en cela que la situation du gérant ressemble plus que celle d'un administrateur à un louage de services. Il est infiniment rare de voir un administrateur s'obliger à consacrer tout son temps aux affaires de la société anonyme qui le nomme. Il est au contraire fréquent de voir une clause de cette nature intervenir dans la convention qui lie un gérant à la masse collective des associés d'une société à responsabilité limitée.

Il est sans exemple de voir une assemblée générale d'actionnaires stipuler d'un administrateur l'engagement de ne s'intéresser à aucune entreprise ayant un objet identique à celui de la société, soit pendant la durée même de ses fonctions, soit pendant un certain délai à compter du jour où ces fonctions seront expirées; — il est normal, sinon fréquent, qu'une semblable stipulation soit imposée au gérant d'une société à responsabilité limitée.

Le caractère intrinsèque des fonctions dévolues au gérant d'une société à responsabilité limitée diffère donc notablement du caractère intrinsèque des fonctions dévolues à l'administrateur d'une société anonyme. Aussi les principes réglant les rapports devant exister entre l'un ou l'autre de ces mandataires généraux et la société qui les aura nommés ne seront-ils souvent pas identiques.

Nous en avons déjà vu un exemple en ce qui concerne la révocabilité.

Pour des raisons qui sont plus du ressort de l'économie politique que de celui de la science du droit, le législateur a précisé une autre différence notoire en ce qui concerne les pouvoirs que les parties étaient libres d'attribuer, ou de refuser, à leurs mandataires généraux.

Pour bien faire comprendre la conception à laquelle s'est arrêté le législateur de 1867, au sujet des administrateurs d'une société anonyme, et, pour nous faire mieux comprendre, il faut exposer la théorie générale du mandat social en droit allemand, la comparant avec la théorie qui



paraît la seule compatible avec l'ensemble des dispositions du droit français et spécialement de la loi de 1867 <sup>1</sup>.

Les articles 126, 231 et 235 du code de commerce allemand distinguent entre les rapports internes, entre associés et administrateurs, *Geschäftsführung*, et les rapports externes pouvant exister entre la société et des tiers étrangers à elle, *Vertretung*.

En droit allemand, pour tout ce qui concerne les rapports internes que les associés peuvent avoir entre eux-mêmes et le gérant, toute liberté contractuelle est laissée aux parties; si le gérant commet une infraction quelconque aux règles intérieures qui lui sont imparties, il commet une faute, et, peut-être, un abus de confiance.

Au contraire, pour tout ce qui concerne les rapports externes de la société avec les tiers, *Vertretung*, les associés n'ont aucune liberté. Aucune limitation contractuelle ne peut être apportée aux pouvoirs des gérants; les tiers sont étroitement protégés; ils n'ont pas à faire des recherches dans un journal d'annonces légales ou au Registre du commerce; ils n'ont pas à demander au gérant d'autres justifications que celles portant sur sa qualité même. Il est procureur général. Cela suffit. Il a tous les pouvoirs. Sur sa signature, la société se trouvera définitivement engagée <sup>2</sup>.

Cette conception juridique, d'un étroit protectionnisme, n'est pas celle du droit français, ce dernier ayant institué des formalités de publicité légale qui sont opposables aux tiers.

Mais si telle fut bien la conception du législateur de 1867, il faut reconnaître que le législateur de 1925 s'est très sensiblement rapproché de la conception du droit allemand, et ce, très probablement, à cause de l'origine germanique des sociétés à responsabilité limitée.

La règle à ce sujet se trouve dans l'alinéa 2 de l'article 24..... *Sauf stipulation contraire des statuts, ils (les gérants) ont tous les pouvoirs pour agir au nom de la société en toutes circonstances : toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers.*

Ce texte apparaîtra facilement comme une contradiction pour tous ceux qui n'auraient pas bien présents à la mémoire les principes du code de commerce allemand, sur le *Geschäftsführung* et sur le *Vertretung*. La première partie du texte se réfère aux rapports internes du gérant et des associés : à cet égard, le principe est que le gérant a les pouvoirs les plus généraux, si rien de contraire n'est écrit dans le pacte

1. Voir Copper Royer, II, 583 et 585.

2. Comp. également l'article 561 du Code fédéral suisse des obligations.

social; mais les parties conservent le droit le plus absolu de donner au gérant toutes les directives qu'il leur plaît, et, spécialement, de rogner comme bon leur semblera les initiatives que le gérant pourra prendre, de fixer toutes les modalités d'exécution du mandat qu'ils confèrent.

La deuxième partie du texte se rapporte au *Vertretung*, c'est-à-dire aux rapports externes de la société avec des tiers. Dans ces rapports externes, la société est représentée par son mandataire général, le gérant. Aucune restriction contractuelle n'est alors admise. Peu importe que cette restriction résulte des statuts eux-mêmes. Peu importe qu'elle ait fait l'objet des plus régulières formalités de publicité légale.

Toute restriction est et demeure inopposable aux tiers.

Nous sortons du domaine propre au droit français.

La loi de 1925 nous fait entrer, volontairement, délibérément, dans le domaine du droit allemand ou du droit suisse.

Cette interprétation du texte se recommande expressément des travaux préparatoires de la loi, M. Manceau ayant notamment déclaré, dans son rapport à la Chambre des Députés, que la Commission qui l'avait mandaté avait jugé nécessaire *de prévoir une disposition suivant laquelle toute limitation contractuelle des pouvoirs du gérant est sans effet à l'égard des tiers*.

Cette interprétation est admise par une grande partie de la doctrine <sup>1</sup>. Elle est du reste assez en harmonie avec une jurisprudence antérieure à la loi qui tendait à reconnaître le mandant responsable de tous les actes exécutés par son mandataire, sans pouvoir opposer aux tiers la faute, le dol, ou même le délit, dont le mandataire se serait rendu coupable à sonencontre <sup>2</sup>, — et qui tendait également à reconnaître le mandant responsable envers les tiers même des actes excédant les limites du mandat, si le mandataire avait reçu des pouvoirs apparents susceptibles d'in-  
duire en erreur les tiers de bonne foi <sup>3</sup>.

Mais cette interprétation a rencontré aussi divers contradicteurs, particulièrement imbus des notions essentielles du droit français, et pour qui l'alinéa 2 de l'article 24 ne peut recevoir application que si l'on en subordonne les dispositions au texte primordial de l'article 1998 du code civil, d'après lequel le mandant n'est tenu d'exécuter les engage-

1. Comp. notamment Pic et Baratin, 291; Drouets, 311; Hamel, *Rev. Trim. droit civil*, 1925, p. 476; Lépargneur, n° 27; Auger et Michel, n° 45; Chéron, note au D. P. 1928.2.153

2. Req. 17 avril 1896, D. P. 97.1.40; Civ. rej. 15 juin 1898, D. P. 99.1.559; Civ. rejet, 4 décembre 1899, D. P. 1900.1.14.

3. Civ. rej. 23 novembre 1903, D. P. 1906.1.66; Req. 11 décembre 1901, D. P. 1903.1.114;

ments pris par le mandataire que si le mandataire a agi conformément au pouvoir qui lui a été donné; le mandant n'est tenu de ce qui a été fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement<sup>1</sup>.

Nous ne méconnaissions pas la valeur de cette argumentation, toute fondée sur la prédominance des principes posés par le code civil, — mais nous ne la croyons tout de même pas exacte, tant à raison de l'origine historique de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée (lesquelles ne sont entrées dans la législation française que par l'intermédiaire des provinces d'Alsace-Lorraine) — que par la possibilité d'une interprétation spéciale donnée à la loi de 1925.

D'après cette interprétation spéciale, on devrait dire que le législateur a ordonné que des pouvoirs extrêmement généraux pourraient, seuls, être donnés au gérant d'une société à responsabilité limitée; les associés demeurent libres d'adopter une autre forme de société. Mais si elles adoptent cette forme, elles n'auront pas le droit d'avoir une volonté autre que celle qui donnera à leur mandataire des pouvoirs extrêmement généraux permettant aux tiers de traiter les yeux fermés avec la société constituée sous cette formule particulière.

Nous indiquerons enfin une opinion intermédiaire, présentée par M. Lépargneur, p. 59, note 1, et d'après laquelle il serait possible de distinguer entre celles des restrictions qui seraient dès le début inscrites dans les statuts, et celles qui ne procéderaient que d'une décision prise après coup par l'assemblée générale des associés. Ces dernières, seules, seraient inopposables aux tiers, lesquels n'auraient à se préoccuper que des statuts originairement publiés.

Ce serait ainsi donner satisfaction aux mots *sauf stipulation contraire des statuts* que l'on trouve à l'article 24.

Cette distinction, pour ingénieuse qu'elle soit, ne nous paraît guère acceptable, d'abord parce qu'elle est contraire à l'origine historique de la loi, ensuite parce qu'on ne comprend pas bien la différence que l'on peut juridiquement faire entre des statuts initiaux et des statuts postérieurement modifiés. Les statuts d'une société, ce ne sont point ceux que les associés ont originairement acceptés, ce sont ceux qui résultent, *au jour où en est fait l'examen*, de volontés contractuelles qui ont

1. Comp. notamment Albert Wahl, *J. Soc.* 1926, p. 193; René Gain, *Sociétés à responsabilité limitée*, n° 53.

Comp. sur les applications possibles de l'article 1998, Orléans, 11 janvier 1853, D. P. 53.2.160; Douai, 19 décembre 1877, D. P. 79.2.32; Civ. cass. 22 décembre 1874, D. P. 75.1.255; Req. 5 novembre 1900, D. P. 1902.1.5.

Comp. également, Pic, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, n° 272 et t. II, n° 1147; Percerou, Des abus de la raison sociale, *Ann. droit. comm.*, 1898, p. 112 et suiv.



très bien pu être successives et peut-être même contradictoires.

La jurisprudence, qui est encore assez rare et assez fruste en matière de sociétés à responsabilité limitée, est nettement orientée dans le sens de la doctrine que nous préconisons <sup>1</sup>.

Tel est le principe, telle est la règle primordiale qui doit servir pour les litiges propres au deuxième alinéa de l'article 24.

Mais, sur ce principe même, peuvent se greffer différentes discussions d'ordre secondaire.

Tout d'abord, on peut admettre que lorsque les statuts nomment plusieurs gérants, ces mêmes statuts peuvent stipuler que les gérants ne pourront agir que conjointement. Les statuts peuvent également stipuler, en cas de pluralité de gérants, que la société ne sera engagée que par les actes ayant la signature conjointe de deux des gérants.

Il n'y a, en une semblable solution, qu'une application très directe de l'article 1857, lequel prévoit la faculté pour les associés de déclarer que les associés ne pourront en aucun cas agir l'un sans l'autre.

Par ailleurs, ce n'est pas apporter aux pouvoirs d'un gérant une limitation contraire à celle qu'a voulu interdire le deuxième alinéa de l'article 24 que de nommer plusieurs gérants et d'utiliser à leur sujet la faculté contractuelle que prévoit expressément l'article 1857 <sup>2</sup>.

Par contre, si les statuts ont nommé plusieurs gérants, sans rien spécifier à leur égard, il faut reconnaître, en vertu même des règles posées par l'article 1857, que chacun d'eux pourra faire séparément tous les actes propres à l'administration sociale et engager la société, sur sa seule signature, en tous actes et conventions.

On peut encore se trouver en présence d'une clause statutaire nommant plusieurs gérants et attribuant à chacun un rôle déterminé; par exemple, l'un sera chargé de toute la partie industrielle de l'entreprise, il s'occupera de l'usine, des travaux de production, il embauchera le personnel ouvrier, paiera ses salaires et prononcera les révocations qui

1. Jugé en ce sens que l'apparente contradiction que l'on relève dans les termes de l'article 24 de la loi du 7 mars 1925 doit être résolue au moyen des débats législatifs, l'intention des promoteurs de la loi ayant été manifestement d'assurer, dans l'intérêt de la sécurité des tractations commerciales, la certitude pour les tiers que les engagements pris par les gérants au nom de la société ne puissent jamais être reniés par elle; une limitation statutaire des pouvoirs du gérant ne peut que permettre aux membres de la société d'assigner en responsabilité un gérant pour les actes qu'il aurait accomplis en dehors du mandat qui lui aurait été donné, mais cette limitation reste sans effet au regard des tiers (Trib. comm. Seine, 12 janvier 1928, D. P. 1928.2.193).

Comp. dans le même sens, Trib. comm. Mulhouse, 27 mars 1928, D. P. 1928.2.153 (et note Chéron); — Paris, 4 février 1930, *Sem. Jurid.* 1930.357.

2. En ce sens, Trib. civ. Seine, 22 février 1929, *Rév. Soc.* 1929.249.

seraient jugées par lui nécessaires; — le second s'occupera de la partie commerciale et de toutes les opérations devant avoir pour résultat de faire acquérir par des tiers les produits fabriqués dans l'usine; — le troisième enfin s'occupera de la partie administrative et comptable.

Il est évident que les tiers ne peuvent entrer dans ce labyrinthe de restrictions et de spécialisations; il y a trois gérants, chacun peut engager la société au regard des tiers (article 1857). Si, en le faisant, le gérant qui a contracté a manqué aux stipulations d'ordre interne que les associés avaient échafaudées, cela ne regarde pas les tiers, cela ne peut avoir d'importance que dans les rapports internes des associés et des gérants<sup>1</sup>.

MM. Pic et Baratin, adversaires de cette solution, seule conforme à l'interprétation qu'eux-mêmes ont donnée du deuxième alinéa de l'article 24, se sont manifestement laissés influencer par une considération de fait, la gêne qu'une pluralité de gérants pourrait ainsi apporter au choix de spécialistes nécessaires à la bonne marche d'une entreprise. Et ces deux éminents auteurs ajoutent : « ..... il faut absolument rendre parti entre les deux systèmes..... il n'y a pas de moyen terme ».

Nous croyons ce regret un peu aventuré : il y a presque toujours des moyens termes, pour tous les problèmes. Spécialement, dans l'hypothèse où les auteurs se sont placés. D'abord parce que l'article 1857 autorise la stipulation des signatures conjointes. Ensuite, parce que rien n'est plus facile que de ne nommer qu'un seul gérant, lequel engagera, à titre de directeurs techniques, les personnalités professionnelles dont les associés veulent s'assurer la compétence; le gérant unique délèguera à ces directeurs techniques certains pouvoirs strictement limités à la partie des affaires sociales dont ils auront à s'occuper. Et les tiers, ne se trouvant plus en présence de gérants, mais de simples employés, devront nécessairement s'enquérir de leurs pouvoirs spéciaux.

#### 70. Des actes dont la société peut réclamer l'inopposabilité; —

On peut encore se demander si le gérant, constitué par l'article 24 souverain maître de représenter la société dans toutes ses tractations avec les tiers, peut valablement engager la société dans toutes opérations, quelles qu'elles soient, et, notamment, dans deux hypothèses assez distinctes :

Celle d'une opération ne rentrant manifestement pas dans l'objet social.

1. En ce sens, Chéron, note au D. P. 1928.2.153; Auger et Michel, 45; Piot, 31. *Contra*, Pic et Baratin, 298; Lépargneur, 298.

Celle d'une opération rentrant bien dans l'objet social, mais dépassant manifestement les bornes de l'administration, même largement entendue.

Les opérations ne rentrant manifestement pas dans l'objet social peuvent elles-mêmes se subdiviser en opérations qui, par leur nature matérielle, sont en dehors de l'objet social (par exemple, le gérant d'une société à responsabilité limitée dont l'objet principal est une exploitation d'usine métallurgique achète un collier de perles et le paie au moyen de traites revêtues de la signature sociale);

et en opérations qui, par leur nature juridique, apparaissent nettement comme en dehors du mandat que les associés ont pu légitimement donner à un mandataire, le gérant ne pouvant être réputé régulièrement mandaté qu'en vue d'opérations normales, conformes aux lois, et se trouvant avoir effectué, avec la signature sociale, des actes délictueux ou dolosifs, contraires aux lois, par exemple des traites de complaisance.

La solution qui peut en pareil cas intervenir est une solution d'ordre théorique, solution que les nécessités de la pratique viendront immédiatement battre en brèche.

Théoriquement, le gérant, même si on l'envisage comme un représentant légal, n'est qu'un mandataire. L'article 1998 dit que le mandant n'est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire que dans la mesure où les actes du mandataire sont conformes au mandat qui lui a été donné.

L'article 24, § 2 de la loi de 1925 ne peut s'interpréter que comme une indication de la volonté que le législateur estime exister nécessairement chez tous les associés qui adoptent la formule d'une société à responsabilité limitée, cette volonté présumée étant qu'il ne doit être apporté aucune limitation aux pouvoirs du gérant. Mais ce ne peut être vrai que des pouvoirs normaux, des pouvoirs statutaires.

Pour tous actes faits par le gérant, mandataire, en dehors des stipulations générales des statuts, l'article 1998 demeure la règle.

Par conséquent, on doit admettre que les opérations effectuées par un gérant en dehors des stipulations générales du pacte social ne sont pas opposables à la masse des associés mandants.

Toutes les stipulations statutaires, et notamment l'objet social, doivent faire l'objet d'une publicité légale à laquelle la loi a toujours attaché et des effets nocifs, quand les parties ne l'effectuaient pas, et des effets positifs, quand elles l'accomplissaient avec ponctualité. Par conséquent, le fait, par les associés, de stipuler, et de publier, que les opérations sociales devront se dérouler dans tel cadre déterminé sous



l'administration de telle personne désignée comme gérant, permet aux tiers de contracter les yeux fermés avec ce gérant, mais seulement pour des opérations rentrant dans le cadre déterminé que les parties ont choisi et qu'elles ont dûment fait connaître<sup>1</sup>.

Si telle est bien la solution théorique, on ne peut manquer de reconnaître que, dans la pratique, les discussions les plus vives ne pourront manquer de se faire jour.

Car il est évident que, si on admet le système basé sur l'assimilation, en cette matière spéciale, du droit français et du droit allemand, une frontière exacte sera souvent très malaisée à établir entre les actes qui rentrent dans l'objet de la société et ceux qui n'y rentrent pas. En ces sortes de contrats, on peut facilement soutenir que tout chemin mène à Rome. Acquérir un navire peut rentrer dans l'objet d'une entreprise de menuiserie, si le navire est destiné à transporter des bois. Souvent aussi, le texte statutaire relatif à l'objet social comporte finalement certaines clauses extensives, d'un caractère général, et qui, par leur application, peuvent permettre des opérations en apparence en harmonie avec l'objet qui demeure la destination principale des affaires sociales.

Comment les tiers pourront-ils s'y retrouver, eux que la loi de 1925, reflet de la loi allemande, a voulu protéger sans discussion?

On arrive ainsi, par le conflit de la conception du droit avec la conception du fait, à penser que la société mandante ne pourra utilement récuser les actes effectués par le gérant, son représentant légal, que dans des circonstances assez limitées, soit que l'objet social, statutairement fixé, soit rédigé en termes très sobres et très stricts, soit que la discordance entre l'objet social et les actes du mandataire soit tellement manifeste que personne ne pouvait raisonnablement s'y tromper.

L'action en désaveu ou en inopposabilité de la société mandante ne pourrait donc avoir toutes chances de réussite que s'il y a eu, de la part du co-contractant ayant accepté un accord étranger à l'objet social, un dol, ou une faute lourde équivalant au dol<sup>2</sup>; — si le gérant a fait un acte incompatible avec la notion même de toutes affaires propres à une société commerciale, par exemple une donation — enfin si le gérant a fait un acte qui, par sa nature illicite, sort manifestement du cadre des opérations pour lesquelles ce gérant a reçu mandat, les associés ne pouvant être réputés lui avoir donné le mandat d'effectuer, fût-ce pour la

1. Comp. à ce sujet, Lépargneur, n° 27; Gain, n° 53; Piot, n° 31; Drouets, n° 311 Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7<sup>e</sup> éd. Appendice, n° 7.

2. Comp. notamment Req. 14 avril 1908, D. P. 1908.1.344.

réalisation de l'objet social, des opérations autres que des opérations permises par les lois en vigueur <sup>1</sup>.

La distinction que nous avons été amenés à faire dans les actes dépassant les limites du mandat conféré au gérant est double; à côté des actes qui sont manifestement en dehors de l'objet social, on doit ranger ceux qui, rentrant dans l'objet social, sortent néanmoins des pouvoirs d'administration.

On peut supposer que le gérant fait une opération transformant l'entreprise sociale; par exemple, il vend l'usine qu'il est chargé d'administrer et qui constitue l'unique objet de l'exploitation sociale. Ou bien encore le gérant passe, au sujet de cette même usine, un contrat de location à longue durée, transformant ainsi les droits de la société qui étaient des droits aléatoires d'industriel en droits, plus sûrs, mais aussi plus restreints, de capitaliste foncier.

Les décisions que peut prendre le gérant d'une société à responsabilité limitée nous semblent être les mêmes que celles qui peuvent être valablement prises par l'assemblée générale ordinaire d'une société anonyme, en opposition avec celles qui demeurent de la compétence exclusive des assemblées à *quorum* des deux tiers. Le gérant est un simple mandataire qui est nommé dans le but d'administrer, ce qui tend à exclure de ses pouvoirs les actes de destruction, de transformation ou d'aliénation incompatibles avec toute notion d'administration, même largement entendue <sup>2</sup>.

Cette limitation est apparente; elle n'a pas besoin d'être insérée aux statuts; elle résulte de la loi elle-même, l'article 24 disant : *les sociétés à responsabilité limitée sont gérées par un ou plusieurs mandataires...*

Par ailleurs, certaines décisions sont expressément réservées à la compétence des assemblées générales des associés.

Enfin, l'article 1988 du Code civil dit expressément que *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il*

1. Comp. sur ces derniers points, Wahl, *J. des Soc.*, 1926, p. 193; Lépargneur, n° 27; Pic et Baratin, n° 293.

Il faut reconnaître que cette question de l'inopposabilité au mandant des actes faits hors mandat par le mandataire se complique souvent du fait d'une jurisprudence, plus émotive que strictement juridique, qui accorde aux tiers une action contre le mandant, même à l'occasion d'opérations réalisées en dehors du mandat, lorsque le mandant a donné au mandataire des pouvoirs apparents sur la nature exacte desquels une personne de bonne foi peut se tromper (Comp. Civ. rejet, 23 novembre 1903, D. P. 1906.1.66; Req. 11 décembre 1901, D. P. 1903.1.114).

2. Comp. notamment en ce sens, Lépargneur, p. 337; Piot, 31; Houpin et Bosvieux, 1588.

*s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.*

Enfin, l'article 1988 du Code civil dit expressément que *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.*

Les tiers n'ont donc pas besoin de se reporter à des textes contractuels ou statutaires, à une publicité légale plus ou moins apparente, pour savoir que c'est obéir à une règle primordiale que de considérer un mandataire légalement chargé de gérer comme une personnalité incompétente pour effectuer de son plein chef des actes d'aliénation <sup>1</sup>.

Si telle est bien la solution théorique qu'il convient de donner à une question ainsi posée, on ne peut manquer de reconnaître que, en pratique, les difficultés de fait seront très nombreuses; ces difficultés de fait provoqueront de fréquentes complications et de fréquentes hésitations, surtout si on se trouve en présence de tiers manifestement de bonne foi qui auront seulement commis la faute, assurément légère, de ne pas exactement interpréter un texte de loi qu'un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 12 janvier 1928, cité plus haut, déclare bien « rempli d'apparentes contradictions ».

Prenons par exemple la vente d'une usine; si cette usine fait partie d'un groupe d'une dizaine d'usines exploitées par une société à responsabilité limitée, cette vente d'une usine isolée peut bien être envisagée comme un acte d'administration largement entendue, et le gérant est légalement compétent pour y procéder; si cette usine est la seule que possède la société, vendre cette usine, c'est virtuellement liquider la société. Le gérant est incompétent pour procéder à la vente.

Cela est vrai, indiscutablement vrai. Mais c'est du *Geschäftsführung*.

Les tiers n'ont pas à entrer dans un labyrinthe de distinctions. Ils traitent avec le représentant légal de la société, celui qui est nanti de ce que, en droit germanique, on appelle la *Prokura*. Par ailleurs, le législateur entend nettement les protéger. Et la loi de 1925 apparaît souvent

1. Comp. notamment en ce sens, Pic et Baratin, n° 291, qui s'expriment en ces termes : « Mais une telle interprétation serait contraire au bon sens et ne saurait être sérieusement défendue. Sans doute, le gérant a les pouvoirs les plus larges; mais encore ne peut-il s'agir que des pouvoirs susceptibles d'être reconnus à un administrateur de la fortune d'autrui. Ce sont des pouvoirs larges, très larges même d'administration; mais ces pouvoirs ne sauraient aller jusqu'à l'autoriser à détruire le fonds social, à bouleverser l'objet de la société, bref, à empiéter sur le domaine réservé à l'assemblée, ou, plus exactement, à la collectivité des associés, qui, seule, est souveraine dans les limites posées à l'article 31. »



comme mettant en échec la règle générale posée par l'article 1988 du code civil en créant un mandataire qui n'est pas tant le mandataire ordinaire qui représente une personne, capable, si elle le voulait, d'agir par elle-même, que le représentant légal d'une personne qui ne peut pas agir par elle-même.

Il sera souvent bien difficile d'arracher aux tiers de bonne foi les effets utiles du contrat qu'ils auront, avec toutes apparences externes de régularité, passé avec le gérant, représentant légal de la société. Et on en revient alors aux principes que nous énoncions tout à l'heure pour les actes effectués hors mandat, les juges devant surtout être appelés à rechercher :

la bonne ou la mauvaise foi du co-contractant, son dol ou sa faute lourde;

la licéité de l'acte réalisé par le gérant;

sa contradiction possible avec les principes essentiels qui dominent la matière des sociétés commerciales <sup>1</sup>.

**71. Fonctions essentielles du gérant.** — Les explications que nous venons de fournir indiquent suffisamment que les fonctions des gérants se divisent en deux parties très distinctes ; il y a celles qui se rapportent aux relations internes des associés les uns avec les autres ; il y a celles qui se rapportent aux relations externes de la société avec des tiers, dont le patrimoine, distinct du patrimoine social, obtiendra peut-être un enrichissement dont la contre-partie se trouvera dans une perte que subira la société même.

Du fait des relations internes que les associés se doivent les uns aux autres, le gérant doit essentiellement veiller à ce que toutes les dispositions légales ou statutaires soient scrupuleusement observées.

Le gérant doit donc tenir à jour une comptabilité régulière, laquelle enregistrera les résultats actifs et passifs de toutes les opérations faites pour le compte de la société.

Il doit, après avoir fait, s'il le juge utile, un premier arrêté semestriel des comptes <sup>2</sup>, faire un inventaire détaillé de toutes les valeurs actives et passives de la société en fin d'exercice, dresser le bilan et établir le compte de profits et pertes;

1. Comp. notamment Albert Wahl, *J. Soc.* 1926, p. 194.

2. L'article 9 du Code de commerce prescrit à tous les commerçants de faire un inventaire annuel, mais il ne prescrit pas l'arrêté de comptes semestriel ordonné par l'article 34, § 1 de la loi de 1867 pour les seules sociétés anonymes. La loi de 1925 ne reproduit pas la prescription de l'article 34. On doit en conclure que le gérant ne commet aucune faute en ne faisant aucun arrêté de comptes semestriel.

— il doit mettre à la disposition des membres du Conseil de surveillance (s'il en a été nommé un) les livres comptables de la société, ainsi que tous documents justificatifs, spécialement la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société;

— il doit veiller à ce que les associés puissent exercer librement et efficacement le droit de communication que leur reconnaît la loi;

— il doit réunir l'assemblée générale des associés chaque fois qu'il en est requis par un nombre d'associés représentant la moitié au moins du capital; il doit tenir une assemblée au moins une fois chaque année pour que les associés aient connaissance des actes de sa gestion ainsi que des comptes qui sont la conséquence de ces actes de gestion; cette assemblée peut être tenue par correspondance lorsque le nombre total des associés est inférieur à vingt; enfin, le gérant doit aussi veiller à la prompte intervention des associés chaque fois qu'une cession de parts est proposée en faveur d'un tiers étranger à la société;

— le gérant doit encore tenir état des cessions de parts réalisées au profit de cessionnaires déjà titulaires de parts sociales, de manière à ce que la liste des associés, avec indication de leur participation dans le capital, soit constamment à jour;

— le gérant doit veiller à la bonne conservation des documents sociaux, notamment de toutes pièces justifiant de la ponctuelle constitution sociale, des cessions de parts, des assemblées générales ou des réponses qui ont été données par les associés lorsque l'assemblée s'est tenue par correspondance;

— il doit procéder aux distributions de dividende qui auront été ordonnées.

Le gérant doit centraliser toutes les demandes et toutes les réclamations qui seraient formulées par certains associés; il a seul qualité pour représenter l'Etre moral, soit en défendant, soit en demandant, en toutes instances judiciaires, en nullité, en paiement ou en responsabilité.

A l'origine de la société, le gérant devait prendre possession de toutes les valeurs d'apport appartenant à la société et en dresser un inventaire par balances d'entrée; il devait aussi contrôler la parfaite régularité de toutes opérations constitutives, remarque étant faite que l'exécution de certaines de ces opérations lui incombait personnellement, spécialement celles se rapportant aux formalités de publicité légale.

Au contraire, en fin de société, c'est au gérant qu'il appartient d'arrêter les balances de sortie et de tout préparer en vue de la prise de possession que le liquidateur devra faire de tous les biens sociaux.

D'une manière générale, le gérant doit servir d'intermédiaire entre

tous les associés, et il doit veiller à ce que les associés puissent toujours exercer tous les droits que leur accordent la loi et les statuts.

Le gérant a également des fonctions externes.

C'est dans l'exercice de ces fonctions externes qu'il est plutôt le représentant légal de la société, alors que dans l'exercice des fonctions internes, son caractère intrinsèque est seulement celui d'un mandataire ordinaire.

Les fonctions externes se rapportent à toutes les opérations que la société peut réaliser avec des tiers, et nous rappelons que, en ce qui concerne ces opérations, les pouvoirs du gérant sont illimités, sans aucune restriction contractuelle possible, sous la seule réserve des actes faits en dehors de l'objet social ou des actes excédant manifestement le domaine propre aux actes d'administration.

Il peut enfin exister une troisième catégorie d'opérations, celles que le gérant effectuerait pour son propre compte en ayant pour co-contractant la société elle-même. La loi de 1925 n'a pas de disposition analogue à celle de l'article 40 de la loi de 1867.

Le principe de la liberté des conventions fait donc admettre la régularité de semblables tractations.

Elles seront toujours cependant bien fragiles.

On comprend mal comment *Primus*, gérant, peut matériellement traiter avec le même *Primus*, simple particulier, et on voit mal un contrat synallagmatique portant deux signatures qui, toutes deux, émanent de la même personne.

On peut admettre la légitimité de certains contrats; par exemple, le gérant peut payer de sa poche une dette de la société à responsabilité limitée, la caisse de cette dernière étant temporairement vide. Un contrat de prêt se forme ainsi, quasiment sans contrat écrit, et par le seul fait de la prestation que fournit spontanément le gérant.

On est ainsi amené à distinguer les contrats instantanés des contrats successifs.

Tout contrat successif, tout contrat nécessitant un écrit, demeurera toujours une chose extrêmement délicate pour un gérant, auquel pourra s'opposer la prohibition édictée par l'article 1596 du Code civil à l'encontre des mandataires et au sujet des biens que ces mandataires sont chargés de vendre.

Il ne faut pas perdre de vue que cette prohibition de l'article 1596 procède plus d'un principe général que de toute disposition particulière



au contrat de vente <sup>1</sup>. Mais il ne faut pas perdre de vue non plus que la prohibition de l'article 1596 s'applique surtout aux mandataires qui sont chargés de vendre, sans être nécessairement étendue aux mandataires seulement chargés d'administrer <sup>2</sup>.

Par conséquent, le marché que passera le gérant avec la société, qu'il est spécialement chargé d'administrer, peut acquérir validité, d'abord s'il est fait sans fraude, et s'il est fait ostensiblement, ensuite, si, à l'occasion de ce marché, la société, représentée par son assemblée générale ou par ses autres gérants, nomme un mandataire *ad hoc* spécialement chargé de passer avec le gérant le contrat proposé, d'en débattre les conditions et d'y apposer la signature sociale <sup>3</sup>.

Lorsque le gérant d'une société à responsabilité limitée passe un contrat ou un marché avec un tiers, il doit nettement préciser qu'il agit au nom de la société et non pas en son nom personnel. C'est à cette condition seulement qu'il peut exciper de son irresponsabilité personnelle quant aux conséquences pécuniaires du contrat. Il n'y aura là qu'une application particulière du principe général posé par l'article 1997 du code civil, d'après lequel *le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au delà, s'il ne s'y est personnellement soumis*.

Les tiers n'auront ainsi action que contre la société. Ils n'auront aucun droit personnel contre le gérant, envisagé à titre privé et attaqué sur son patrimoine propre.

Mais il pourra en être autrement si le gérant a commis la faute de laisser, si peu que ce soit, dans l'ombre sa qualité de simple mandataire et la prépondérance absolue au contrat de la personnalité mandante. Il en sera ainsi, d'abord en vertu du principe posé par l'article 1997, ensuite à raison des termes de l'article 25 de la loi du 7 mars 1925, d'après lequel les gérants demeurent responsables, fût-ce envers les tiers, des fautes par eux commises dans leur gestion.

Or, toute équivoque dans la personnalité réelle du contractant, comme toute équivoque dans la solvabilité du contractant responsable

1. Comp. sur ce point Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 421.

L'incapacité d'acheter s'applique aux ventes de gré à gré (Comp. Req. 28 octobre 1903, D. P. 1904.1.88).

Sur l'incapacité propre aux personnes interposées, voir Baudry-Lacantinerie et Saignat, n° 252.

2. Colin et Capitant, t. II, p. 434; Aubry et Rau, t. V, § 351, p. 34, note 14.

3. Comp. en ce sens, Lépargneur, p. 61; Pic et Baratin, 293.

de l'engagement auquel on demande au tiers de fournir une contrepartie constituera une faute.

C'est bien pour cela au reste que l'article 18 de la loi de 1925 précise que dans tous les actes et documents émanant de la société la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement des mots « à responsabilité limitée » et de l'énonciation du montant du capital social.

Toute négligence à ce sujet entraînera la responsabilité du gérant envers les tiers, dans la mesure du préjudice que ces tiers justifieraient avoir éprouvé du fait de cette négligence et des erreurs matérielles qu'elle aura pu provoquer.

L'équivoque que le gérant aura laissé planer sur la véritable personnalité du contractant peut aussi amener certaines récriminations, d'un ordre quelquefois plus grave. Ces récriminations proviendront de la société elle-même, à qui le gérant imputera le résultat déficitaire d'opérations qui, à première vue, ne paraissaient pas expressément faites pour son compte.

Ces récriminations rentreront dans le domaine des rapports internes entre associés. Elles pourraient aboutir au point extrême d'une plainte pour abus de confiance <sup>1</sup>. Le délit de l'article 408 en effet peut être utilement reproché à l'encontre de tout associé en nom, ou même de tout gérant d'association en participation qui utilise les fonds sociaux ou la signature sociale à des fins autres que l'intérêt social, alors même que cet associé en nom ou que ce gérant d'association demeure personnellement responsable de tout le passif social <sup>2</sup>.

La responsabilité pénale d'un mandataire qui est théoriquement irresponsable des conséquences pécuniaires des opérations qu'il engage ès qualités ne peut manquer d'être reconnue.

Si la responsabilité pénale du gérant d'une société à responsabilité limitée doit être proclamée au cas où on se trouve en présence d'un détournement caractérisé, certains doutes peuvent néanmoins s'élever quand il s'agira d'apprécier l'hypothèse spéciale que nous venons d'examiner, et qui consiste dans l'imputation faite après coup et de mauvaise foi (car, en matière délictuelle, la mauvaise foi doit toujours être démontrée par la prévention) d'une opération déficitaire. En pareil cas, il n'y a pas en effet détournement proprement dit de fonds ou de valeurs remises à titre de mandat ou de dépôt. Le gérant se contente d'abuser

1. En ce sens, Pic et Baratin, n° 293.

2. Voir Copper Royer, I, 291 bis.

Comp. en ce sens, Trib. comm. Seine, 28 octobre 1930, *Rev. Soc.* 1931.1023.

commerciallement de la confiance que les associés avaient eue en lui pour attribuer à la société une perte qui ne constitue pas un bénéfice pour le mandataire et dont ce gérant ne tire aucun profit personnel, autre que la chance de gain dont il fut, pendant un temps, l'attributaire.

**72. Responsabilité civile ou pénale des gérants.** — Les gérants d'une société à responsabilité limitée sont naturellement responsables de toutes les fautes qu'ils peuvent commettre, et on peut même ajouter que, par application des principes du droit commun, ils ne peuvent, par aucune clause contractuelle, s'exonérer par avance des effets nocifs que ces fautes pourraient avoir <sup>1</sup>.

C'est ce qu'exprime l'article 25 de la loi du 7 mars 1925 d'après lequel *les gérants sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers les associés et envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des violations des statuts, soit des fautes par eux commises dans leur gestion.*

Une distinction essentielle doit être faite suivant que la responsabilité des gérants se trouve engagée envers les associés ou selon qu'elle est engagée envers des tiers. Dans le premier cas, la responsabilité sera presque toujours d'ordre contractuel, et elle aura pour base l'article 1992; dans le second, elle sera d'ordre quasi-délictuel.

La responsabilité civile des gérants reste soumise à toutes les règles du droit commun. C'est dire que, pour que la responsabilité des gérants puisse être mise en jeu, le demandeur en indemnité doit rapporter diverses preuves. Il doit prouver : la faute commise; l'imputabilité de cette faute du gérant; le préjudice.

1. En doctrine, et aussi en jurisprudence, on distingue généralement entre les fautes légères, pour lesquelles la clause préventive d'exonération de responsabilité est reconnue valable, et les fautes lourdes, le quasi-délit et le dol, à l'occasion desquels aucune clause préventive de même nature ne peut produire effet (Comp. notamment la note de M. Sarrut, au D. P. 1890.1.209. — Comp. également Req. 27 novembre 1911, D. P. 1913.1.111).

Il paraît assez difficile de faire utilement application de cette doctrine aux gérants des sociétés à responsabilité limitée, comme, d'ailleurs, à tous mandataires généraux. Une clause contractuelle en exonération de responsabilité ne peut du reste être opposable qu'à ceux qui l'ont acceptée, et, en l'espèce, ce ne pourraient être que les associés. Mais, en ce qui concerne les associés eux-mêmes, une clause préventive en exonération de faute ne peut s'interpréter que comme un quitus préventif. Les effets d'un quitus sont restreints. Ils aboutissent à un renversement du fardeau de la preuve; sans quitus, le mandataire doit rendre compte; il est en faute par cela seul qu'il ne rend pas de comptes, avec justification à l'appui. Avec quitus, le mandataire n'a plus à fournir la preuve de l'exactitude de ses opérations. Mais le mandant peut prouver qu'il y a eu erreur, faux ou double emploi (art. 541, code proc. civile).



La faute doit consister dans un acte précis ou dans une négligence; elle peut consister soit dans une infraction commise par le gérant à l'encontre des prescriptions légales, — soit dans une violation des statuts (auxquels doivent être assimilées les décisions qui seraient prises par les associés réunis en assemblée générale) — soit dans une faute de gestion au sens propre du mot.

Dans les rapports internes existant entre les associés, mandants, et le gérant, mandataire, toutes les fautes, comme nous l'avons indiqué tout à l'heure, auront très généralement le caractère de fautes contractuelles, même si elles constituent une violation de la loi, car le gérant doit être réputé n'avoir reçu que le mandat de faire des actes strictement conformes, non seulement aux statuts, mais aussi à toutes les prescriptions légales. Un mandat contraire pourrait du reste être considéré comme fondé sur une cause illicite<sup>1</sup>. Par conséquent, le fait, par un gérant, d'enfreindre une disposition légale est, intrinsèquement, une désobéissance quant aux conditions du mandat à lui donné. C'est donc une faute contractuelle<sup>2</sup>.

Et l'action judiciaire par laquelle il sera demandé à un gérant réparation du dommage que certains de ses actes ont pu provoquer pour la masse collective des associés demeurera toujours une action *mandati*.

Les fautes de gestion que peut commettre un gérant se diviseront en fautes internes et en fautes externes, les fautes internes se rapportant à des opérations tendant à assurer les rapports que les associés doivent avoir les uns avec les autres ou avec le gérant; les fautes externes se rapportant aux opérations que la société réalise avec des tiers et qui opposent le patrimoine social au patrimoine de ces tiers, étrangers à la société.

Les fautes *internes* (c'est-à-dire celles qui ont trait à la vie intérieure de la société) se rapporteront directement aux prescriptions de la loi

1. Comp. notamment en ce sens, Civ. rej. 30 décembre 1930, *Sem. Jurid.* 1931.173.

2. La distinction entre les fautes contractuelles et les fautes quasi-délictuelles a souvent une grande importance pratique, notamment en ce que le demandeur en indemnité, lorsqu'il argue d'une faute contractuelle, n'a pas d'autre preuve à fournir que l'inexécution du contrat ou d'un des éléments du contrat. En ce faisant, et par cela seul, il a prouvé la faute du défendeur.

Les dommages-intérêts dus par celui qui a commis une faute délictuelle doivent correspondre au préjudice effectivement causé, fut-il complètement imprévu ou imprévisible. Ceux qui sont dus par l'auteur d'une faute contractuelle ne peuvent être calculés que d'après ce qui avait été prévu, ou ce qui avait pu être prévu au moment du contrat (article 1150 du code civil).

Sur la théorie de l'unité de faute, comp. au contraire Colin et Capitant, t. II, p. 379.

ou à celles des statuts. Les associés ont donné leur consentement à un pacte social conçu sous diverses modalités, certaines d'entre elles n'ayant pas besoin d'être spécifiées par écrit, comme résultant de la loi. Les associés ont le droit absolu d'exiger que toutes les opérations sociales se réalisent dans une étroite obéissance à toutes les prescriptions qui furent celles que les parties avaient nécessairement en vue au jour où elles donnèrent leur consentement.

Le gérant commettra donc une faute par cela seul qu'il n'obéira pas aux prescriptions de la loi ou à celles des statuts; il doit assurer le fonctionnement de la vie sociale, mais il doit aussi ne le faire que conformément aux règles légales ou aux règles statutaires. Si, par exemple, les statuts ordonnent au gérant de faire inventaire deux fois par an, le gérant sera en faute s'il ne procède qu'au seul inventaire annuel que prescrit l'article 9 du Code de commerce.

Le gérant peut commettre une faute aussi bien par une action directement contraire aux prescriptions qui s'imposent à lui que par une négligence ou une omission<sup>1</sup>. C'est ainsi que le gérant commettra une faute équivalente en ne réunissant pas l'assemblée générale chaque fois qu'il devrait le faire, ou en la réunissant dans des conditions irrégulières.

Nous verrons, *infra*, n° 90, qu'une société à responsabilité limitée comportant plus de vingt membres doit obligatoirement posséder un Conseil de surveillance. Une société qui ne possède pas, ou qui ne possède plus de Conseil de surveillance, est une société dont on peut demander la liquidation anticipée. Et les membres du Conseil de surveillance doivent obligatoirement être pris parmi les associés (*infra*, n° 91).

Si donc, un membre de ce Conseil vend la totalité de ses parts, il doit être considéré comme démissionnaire. La société peut se trouver de ce fait dans une situation très délicate.

Le gérant doit convoquer d'urgence une assemblée des associés pour leur demander de procéder à une élection complémentaire. S'il ne le faisait pas, et si, entre temps, la société en subissait un dommage, le gérant fautif aurait à en supporter la responsabilité.

Le gérant doit encore assurer le bon ordre des affaires sociales; il doit pouvoir toujours justifier des actes de sa gestion ainsi que de toutes leurs conséquences pécuniaires, et il serait en faute par cela seul qu'il ne

1. Sur le caractère particulier des fautes par omission, voir Demolombe, t. VIII, n° 479; Aubry et Rau, t. VI, p. 337 et 363; Planiol, t. II, n° 865.

conserverait pas les justifications permettant aux mandants de se rendre compte de tout ce qui a été fait pour eux et de donner un quitus en pleine connaissance de cause.

Le gérant doit exercer, plus étroitement qu'un conseil d'administration, une ingérence et une surveillance directes sur toutes les opérations industrielles, commerciales ou financières de la société.

D'une manière générale, ses fonctions s'apparentent davantage à celles d'un administrateur délégué ou à celles d'un gérant de société en commandite simple qu'à celles d'un administrateur de société anonyme. Son rôle journalier est plus intime et plus efficient.

Ses émoluments doivent naturellement s'en ressentir, mais sa responsabilité s'en ressent également.

Le gérant peut, seul, exercer tous les droits judiciaires appartenant à la société; il doit donc les exercer avec la ponctualité et la rigueur qui seront nécessaires; sous ce rapport, de nombreuses fautes par omission peuvent, parfois, être relevées<sup>1</sup>.

On arrive ainsi insensiblement au domaine des fautes *externes*, lesquelles se rapportent aux actes faits par le gérant lorsqu'il traite avec des tiers et lorsqu'il engage le patrimoine de la société dans une opération quelconque.

Ici encore on retrouvera les fautes directes et les fautes commises par omission, auxquelles s'ajoutent les fautes par imprudence<sup>2</sup>.

La faute directe de gestion externe consistera le plus souvent dans le fait d'avoir employé les fonds sociaux soit à une opération étrangère à l'objet social, soit à une opération trop aventureuse pour demeurer compatible avec les principes d'une prudence élémentaire.

Tout, en cette matière, doit être examiné suivant les conditions du mandat que les associés doivent être réputés, ou présumés, avoir donné au gérant. Il est tout d'abord un fait certain, c'est que les associés n'ont confié au gérant la possession des valeurs sociales que sous la condition implicite et nécessaire d'un emploi exclusif desdites valeurs à des opérations rentrant dans le cadre de l'objet social, ce qui exclut toutes opérations étrangères à cet objet, et, *a fortiori*, toutes opérations qui ne présenteraient d'intérêt que pour le gérant envisagé personnellement<sup>3</sup>.

1. Comp. notamment Bordeaux, 12 janvier 1887, D. P. 87.2.191; Civ. rej. 23 octobre 1928, *Rev. Soc.* 1929.120.

2. Ces dernières sont souvent d'une zone intermédiaire, consistant parfois en omissions et parfois en actes positifs.

3. Jugé notamment que commet un abus de confiance qualifié le directeur d'une banque, chargé de l'exécution générale de toutes les opérations sociales, et n'ayant la disposition des valeurs sociales qu'à charge de les employer suivant l'objet de la



Nous avons indiqué, *suprà*, n° 71, diverses considérations essentielles sur le délit d'abus de confiance, lequel pourrait être reproché au gérant chaque fois que ce dernier aurait utilisé une valeur sociale pour son intérêt propre et à des fins personnelles<sup>1</sup>.

La société à responsabilité limitée étant, par essence, une société commerciale, le gérant ne peut faire, pour elle, que des opérations ayant un caractère commercial et se rapportant, de près ou de loin, à l'espérance d'un profit.

Quant aux fautes commises pour avoir imprudemment aventuré les fonds sociaux dans des opérations ayant abouti, pour la société, à une perte, le gérant n'en sera responsable que dans des circonstances de fait qui tendront à démontrer son dol ou sa faute lourde et impardonnable. Il est bien certain que toute entreprise d'ordre commercial comporte nécessairement des aléas et des risques. Le fait seul par les associés d'avoir décidé de fonder une entreprise de cette nature fait présumer leur volonté de donner au gérant le mandat de courir ces aléas et d'assumer ces risques. Ce n'est donc que dans l'unique cas d'une faute lourde et impardonnable que le gérant pourra devoir aux associés, ses mandants, une indemnité compensant plus ou moins exactement le préjudice que la société aura éprouvé du fait des opérations qu'il aura décidées ou engagées.

Le principe est dans son irresponsabilité.

Les fautes lourdes commises par un gérant dans l'utilisation des valeurs sociales se diviseront toujours de la même manière, en fautes par actes directs et en fautes par omission. La faute directe consistera par exemple dans la conclusion d'un emprunt réalisée à des conditions particulièrement onéreuses alors qu'il serait démontré que le gérant aurait pu, grâce à certaines démarches ou grâce à certains concours qu'il a négligé d'utiliser, conclure un autre emprunt à des conditions meilleures. La faute directe peut encore consister en toutes opérations spéculatives, le mandat donné par les associés ne pouvant être présumé conféré qu'en vue d'opérations de commerce ou d'industrie normales, le tout bien entendu sauf preuve contraire résultant d'une manifestation précise de volonté.

société, qui détourne à son profit des sommes dont il devait faire un emploi social; c'est à bon droit que l'arrêt, le renvoyant devant la Cour d'assises, relève la circonstance que ce directeur était le commis de la société (Crim. rejet, 14 novembre 1930, *Sem. Jurid.* 1931.106).

1. Comp. en ce sens, Trib. comm. Seine, 28 octobre 1930, aff. Bourge, *Rev. Soc.*, 1931.123.

La faute par omission peut résulter d'actes de négligence, soit dans la surveillance du personnel, soit dans l'entretien des biens sociaux, soit dans l'exercice des droits de la société, soit enfin dans l'accomplissement des actes de publicité légale sans lesquels la société ne peut se trouver solidement établie à l'encontre des tiers <sup>1</sup>. La faute par omission ou par négligence existe à l'encontre d'un mandataire qui est responsable du personnel qu'il a choisi, et on retrouve en pareil cas une dislocation de la doctrine de l'imputabilité, doctrine communément admise en matière de responsabilité.

La responsabilité du gérant peut être déclarée encourue, alors même que les demandeurs ne démontreraient pas à son encontre une volonté de dol ou de fraude <sup>2</sup>. Mais, pour les raisons de psychologie commerciale que nous avons indiquées tout à l'heure, la faute alors reprochée au gérant devra toujours être une faute lourde, demeurant incompatible avec l'idée que les associés avaient pu se faire du mandat qu'ils donnaient au gérant et des prévisions qu'ils avaient pu légitimement avoir quant à l'exécution possible de ce mandat <sup>3</sup>.

L'incapacité professionnelle du mandataire n'est pas intrinsèquement génératrice d'une responsabilité pécuniaire, car les associés peuvent se reprocher tout d'abord à eux-mêmes la faute d'avoir, à la légère, fait choix d'un mandataire incapable de mener à bien la tâche qu'ils lui confiaient <sup>4</sup>.

Les juges du fond demeureront toujours en cette matière les appréciateurs souverains de l'importance que peut avoir la faute commune commise par l'auteur de l'acte dommageable et par la victime de cet

1. Comp. notamment pour la responsabilité encourue à raison de faits de négligence ou d'incurie, Lyon, 10 novembre 1921, *J. Soc.* 23.338; Trib. comm. Seine, 28 septembre 1922, *Rev. Soc.* 25.117; Rouen, 1<sup>er</sup> décembre 1926, *Sem. Jurid.* 27.258; Req. 7 janvier 1930, *D. H.* 1930.82.

2. Comp. notamment, Civ. cass. 28 novembre 1876, *D. P.* 87.1.65; Paris, 26 mars 1886, *D. P.* 87.2.57; Civ. cass. 18 mai 1887, *D. P.* 87.1.400.

3. L'appréciation de la faute commise se fera toujours d'une manière plus étroite s'il est avéré que la faute commise a servi, de près ou de loin, les intérêts personnels du gérant, par exemple en lui permettant de récupérer certaines avances qu'il avait lui-même et personnellement faites, soit à un tiers, soit à la société (comp. Trib. comm. Lyon, 1<sup>er</sup> juillet 1926, *Rev. Soc.* 1927.199; Trib. comm. Seine, 29 juin 1926, *J. Soc.* 28.562).

4. Sur la théorie de la faute commune, voir Lalou, note au *D. P.* 1914.2.73; Pianiol, note au *D. P.* 96.1.81; Baudry-Lacantinerie et Barde, IV, 2881.

Jugé notamment qu'une banque ne peut être rendue responsable d'un détournement commis par un de ses employés alors que la victime a commis des faits de négligence tels qu'ils ont rendu toute surveillance impossible (Lyon, 19 juillet 1917, *Droit fin.* 1918.190).

Comp. encore Bordeaux, 13 novembre 1890, *D. P.* 92.2.364.

acte, soit que cette faute commune entraîne exonération de la responsabilité pesant sur le mandataire, soit qu'elle entraîne seulement une atténuation dans le chiffre des dommages-intérêts <sup>1</sup>.

L'extrême complexité des faits susceptibles d'être, en pareille matière, déferés à l'appréciation des juges a produit une floraison relativement disparate de décisions, lesquelles se sont plus ou moins profondément écartées des principes généralement admis.

Nous signalerons tout d'abord que la jurisprudence tend à écarter l'exonération, totale ou partielle, provoquée par la faute commune, lorsque l'acte dommageable constitue un délit ou un quasi-délit, ou encore un acte illicite. Il n'y a là qu'une application partielle d'une théorie d'ordre général concernant les prescriptions légales considérées comme d'ordre public (comp. *suprà*, nos 15, 33 et 34). Aucune autorisation, aucune ratification ne peut couvrir l'infraction commise à l'encontre d'une prescription de cette nature, alors même que l'infraction n'aboutit qu'à une nullité relative : la nullité relative peut faire l'objet d'une ratification (article 1338 du Code civil); mais si l'infraction porte sur une prescription d'ordre public, la ratification ne peut résulter que d'un accomplissement régulier de l'acte que la loi ordonne de faire, et qui n'avait pas été fait, ou qui avait été accompli d'une manière irrégulière.

Le mandataire qui enfreint une disposition d'ordre public et qui cause de ce fait un préjudice, soit à un tiers, soit à son mandant, ne peut arguer d'une faute concomitante commise par la victime de son acte <sup>2</sup>. Il doit supporter exclusivement la réparation du préjudice que son acte illicite, son délit ou son quasi-délit a pu causer.

Nous signalerons encore une jurisprudence qui tend à repousser toute possibilité d'exonération pour faute commune en matière de mandat <sup>3</sup> : la jurisprudence s'est alors surtout manifestée à l'occasion de fautes commises par un officier ministériel dans l'exécution d'un mandat à lui confié, l'officier ministériel étant reconnu pleinement responsable de tout le préjudice causé par sa faute ou sa négligence, sans aucun partage de responsabilité, alors même que le mandant, manifestement lésé, pouvait aussi se voir reprocher certaines maladresses, certaines fautes ou certaines impérities <sup>4</sup>.

1. Comp. notamment Cons. d'Etat, 25 janvier 1918, D. P. 1920.3.1; Civ. cass. 24 juillet 1918, D. P. 1918.1.63; Aix, 29 décembre 1918, D. P. 1920.2.121.

2. Comp. Lalou, note précitée.

3. Comp. Dalloz, Rép. prat. *Responsabilité civile*, n° 242.

4. En ce sens, pour un notaire, puis pour un avoué, Req. 2 mars 1891, D. P. 92.1.31; Req. 7 juin 1910, D. P. 1911.1.292.



L'application de cette jurisprudence, — peut-être spécialisée — au mandat dévolu à l'administrateur d'une société anonyme ou au gérant d'une société à responsabilité limitée serait, en beaucoup de cas, rigoureuse. *A fortiori*, aucune clause statutaire ne pourrait exonérer par avance le gérant de toute responsabilité quant aux fautes qu'il viendrait à commettre<sup>1</sup>. Une semblable clause ne pourrait valoir que comme interprétation de la volonté des parties dans l'examen de celles des fautes qui seront seulement susceptibles d'être retenues.

La responsabilité du gérant peut encore être engagée, non d'une manière directe, mais d'une manière récursoire, par exemple au cas où la société, ayant été maladroitement engagée dans des opérations désastreuses, se voit assignée par des tiers qui lui demandent, soit une indemnité, soit l'exécution de ses engagements. La société, qui aura, entre temps, révoqué son premier gérant, se défendra en appelant en garantie le gérant révoqué.

La sanction des fautes de gestion commises par un gérant peut — dans les rapports internes existant entre ce gérant et les associés qui l'ont mandaté — être double. Elle peut consister dans une révocation des pouvoirs donnés au gérant, révocation qui prendra un caractère légitime à raison même de la notoriété des fautes imputées au gérant. Ce dernier perdra donc le droit à indemnité que ne lui reconnaît l'article 24 que dans le seul cas où sa révocation ne serait pas justifiée par des motifs légitimes (voir *suprà*, n° 67).

Une autre sanction peut encore consister dans une indemnité que le gérant fautif se verra condamner à payer à la masse collective des associés, tous également lésés par l'acte social accompli au détriment du patrimoine de la société.

Cette responsabilité sera, en cas de pluralité de gérants, solidaire ou individuelle suivant les cas. S'il y a plusieurs gérants, leur responsabilité sera généralement solidaire. Il n'en sera autrement que lorsque la part de responsabilité de chacun des gérants dans l'acte dommageable pourra être strictement cantonnée et délimitée<sup>2</sup>.

La ressemblance existant entre l'article 25 de la loi de 1925 et l'article 44 de la loi de 1867 étend aux gérants des sociétés à responsabilité limitée les règles généralement admises en ce qui concerne la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes. Donc, faisant appli-

1. Comp. Orléans, 27 février 1904, D. P. 1905.2.337.

2. Sur les conséquences de la solidarité, voir *suprà*, n° 36. — Sur les conséquences spéciales de la solidarité prévue par l'article 44 de la loi de 1867, et, partant, par l'article 25 de la loi de 1925, voir Copper Royer, II.621.

cation de l'article 1202 du Code civil, il faudra décider que la responsabilité individuelle est la règle, et que la responsabilité solidaire est l'exception. De telle sorte que, pénalement, la solidarité n'existera pas entre tous les gérants, mais seulement entre les gérants fautifs. Quant à la responsabilité civile la jurisprudence admet beaucoup plus souvent la responsabilité solidaire, d'abord parce que l'article 1202 voit ses conséquences s'atténuer, suivant certains, en matière commerciale, et surtout en raison des difficultés pratiques d'apprécier les prépondérances d'influence de chacun des gérants dans une décision commune. En tous les cas, le gérant, s'il ne veut se voir chargé de cette responsabilité, devra prouver qu'il n'a pas participé à cette décision, soit par une impossibilité matérielle, par exemple, son absence, soit par une attitude hostile à cette décision, attitude démontrée par une opposition nette et franche.

Les gérants peuvent aussi encourir parfois une certaine responsabilité à l'encontre d'autres que les associés, leurs mandants, c'est-à-dire envers des tiers.

Théoriquement, cette responsabilité n'existe pas, au moins quand elle se limite au seul domaine des sanctions pécuniaires.

L'article 1998 dit que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

L'article 1997 précisait déjà une conséquence du même principe.

La personnalité du mandat absorbe celle du mandataire.

En conséquence, les actes régulièrement faits par un gérant en exécution du mandat général qui lui a été imparti n'engagent que la société mandante et n'engagent pas le gérant mandataire, au moins lorsque ce dernier a suffisamment donné connaissance aux tiers de sa qualité de mandataire <sup>1</sup>. La jurisprudence reconnaît même que les tiers ne peuvent se voir opposer par le mandant le dol ou la fraude commis par le mandataire, même son délit, à l'encontre du mandant; il suffit que les tiers aient traité avec un mandataire nanti de pouvoirs réguliers et agissant dans la limite de ces pouvoirs <sup>2</sup>.

Mais cette solution théorique cesse d'être applicable en matière de délits ou de quasi-délits; dans ce cas, le mandataire peut être assigné

1. Comp. notamment, Req. 31 janvier 1872, D. P. 72.1.246; Paris, 6 décembre 1895, D. P. 96.2.442; Cons. d'Etat, 10 février 1893, D. P. 94.3.37; Civ. rej., 15 juin 1898, D. P. 98.1.459.

2. Comp. Req. 17 avril 1896, D. P. 97.1.40; Civ. rej. 15 juin 1898, précité; Civ. rej. 4 décembre 1899, D. P. 1900.1.14.

personnellement en réparation du préjudice que son acte a causé aux tiers <sup>1</sup>.

Le gérant devient, par le fait même de la qualité de personne morale qu'il faut reconnaître à toute société de capitaux, individuellement responsable des actes qui, accomplis dans la limite des opérations sociales, constitueraient en réalité un délit et donneraient ouverture à des poursuites d'ordre correctionnel ou même d'ordre contraventionnel.

Nous nous écartons ici des délits propres à la loi de 1925, délits que nous avons étudiés *suprà*, nos 37 et suivants et dont la responsabilité pénale pèse souvent sur d'autres que les gérants.

Nous voulons seulement parler des actes sociaux qui, exécutés, en apparence au moins, au nom de la société et dans le cercle restreint du mandat général conféré par les associés, sont susceptibles d'être qualifiés de délits ou de contraventions.

La société ne peut être poursuivie directement, d'abord à raison de sa qualité de personne morale (voir *suprà*, n° 41), ensuite par une application particulière de cette théorie que nous avons énoncée plus haut et d'après laquelle une opération réalisée matériellement par un mandataire ne peut être présumée faite en conformité avec la volonté du mandant sitôt qu'elle aboutit à enfreindre une prescription touchant l'ordre public. Le mandant ne peut pas être réputé avoir voulu une opération délictuelle. La preuve de cette volonté serait-elle rapportée, que le mandataire n'en serait pas déchargé, le mandat étant alors vicié à sa base comme ayant une cause illicite.

Par conséquent, l'acte délictueux ne peut être que personnel au mandataire qui l'effectue.

Ainsi, par ce raisonnement juridique et par une application, à la matière du mandat, de l'article 1131, on arrive à justifier l'exercice de l'action publique à l'encontre de mandataires, lesquels auraient pu, sans cela, exciper du principe de la personnalité des peines; affirmé par l'article 2 du décret du 21 janvier 1790.

**73. Action judiciaire en responsabilité.** — L'action judiciaire en responsabilité susceptible d'être intentée contre le gérant sera très généralement une action contractuelle où la masse collective des associés

1. Civ. rej. 23 juin 1889, D. P. 90.1.151; Civ. cass. 21 juillet 1920, D. P. 1921.1.137. — Comp. la doctrine assez étrange préconisée par un arrêt de la Cour de Dijon du 7 mai 1874 (D. P. 77.1.17) où les magistrats ont, à côté du mandat social applicable à tout ce qui découle du mandat, créé et juxtaposé un mandat légal, applicable aux actes exécutés en vertu d'une fonction que la loi déclare nécessaire.



figurera comme demanderesse. Cette action judiciaire aura pour fondement une infraction commise par le gérant à l'encontre d'une des conditions du mandat qui lui avait été imparti.

Une action judiciaire de cette nature présentera le caractère d'une action sociale, étant — (suivant les précisions que nous nous sommes efforcés d'établir *suprà*, n° 35) — fondée sur des faits intéressant à un degré égal la masse collective des associés et ne pouvant avoir pour résultat que d'indemniser le patrimoine social du préjudice que ce patrimoine social a irrégulièrement éprouvé.

L'action sociale n'a pas été prévue par la loi de 1925, laquelle ne contient aucune disposition rappelant de près ou de loin les règles, assurément ambiguës, de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867.

Il faut donc s'en rapporter aux principes généraux, et il convient de reconnaître que cette action n'appartient qu'à l'être moral, c'est-à-dire à la société elle-même.

En effet, c'est le patrimoine de la société qui a été atteint, qui a souffert, qui a été abusivement diminué. Les associés n'ont individuellement subi aucun préjudice direct; ils n'ont subi qu'un préjudice indirect, par la diminution de richesse, et, peut-être, par la diminution de solvabilité, du patrimoine sur lequel ils pouvaient exercer leur droit de créance sociale.

Il est à remarquer que cette théorie a été expressément sanctionnée par l'article 13 de la loi du 23 janvier 1929, relative aux parts bénéficiaires.

On peut en outre indiquer, en se plaçant au seul point de vue de l'équité, que toute action individuelle qu'un associé intenterait contre un gérant fautif, en réparation du préjudice individuel, et forcément *partiel*, qu'il subit dans la valeur intrinsèque de sa créance sociale, ferait double emploi avec l'action sociale qui serait intentée contre ce même gérant fautif par la société elle-même en restitution du préjudice *total* dont le patrimoine social a subi l'amoindrissement.

En effet, le gérant serait alors appelé à rembourser deux fois le même préjudice, une première fois en remboursant à la caisse sociale ce dont cette dernière a été frustrée, et une deuxième fois en versant successivement à chaque associé, demandeur individuel, le préjudice spécial subi par cet associé du fait de la diminution apportée à la valeur vénale de sa créance sociale.

Une action individuelle ne peut donc être intentée, ni parallèlement à une action sociale fondée sur les mêmes faits, ni tant que cette action sociale demeure possible.

L'action sociale appartient à la société, propriétaire du patrimoine qui a subi le préjudice dont il est demandé réparation. C'est bien là le principe qui se trouve par ailleurs affirmé dans l'article 13 de la loi du 23 janvier 1929.

C'est donc la société elle-même, représentée par ses organes légaux, qui peut exclusivement figurer comme demanderesse en l'instance.

Le représentant légal d'une société à responsabilité limitée est le gérant de cette société.

Par conséquent, l'exercice d'une action en responsabilité contre l'un des gérants ne se comprend utilement que si ce gérant a préalablement cessé d'exercer ses fonctions, par l'effet d'une démission ou d'une révocation.

La société agira alors par l'organe d'un nouveau gérant, indépendant du premier.

Exceptionnellement, la société pourra agir par l'organe d'un mandataire *ad hoc*, spécialement nommé par une décision de l'assemblée générale des associés, cette dernière ayant compétence pour nommer plusieurs gérants et pour délimiter leurs pouvoirs propres. Le mandataire *ad litem* serait un gérant auquel serait uniquement dévolu le pouvoir de représenter la société en une ou plusieurs instances déterminées.

Comme l'article 24 prévoit la nomination de gérants pris en dehors des associés, ce mandataire *ad litem* pourrait être un tiers, étranger à la société.

Mais la résolution même décidant d'intenter l'action en responsabilité appartient à l'être moral, seule personne qualifiée pour intenter cette action. L'être moral manifeste sa volonté primordialement par le moyen de ses assemblées générales, et, par délégation, par l'initiative que peut prendre son représentant général, le gérant.

Le gérant peut intenter, par lui-même, les actions judiciaires qu'il croit utiles pour la conservation du patrimoine social; il peut donc prendre l'initiative d'une action en responsabilité intentée contre un précédent gérant dont les comptes révéleraient des fautes lourdes de gestion, ou des malversations.

Mais, le plus souvent, le gérant se fera couvrir en pareille occurrence par une décision de l'assemblée des associés, assemblée toujours facile à réunir et à consulter lorsque tous les intéressés sont inscrits nominativement.

Il se pourrait que l'assemblée décidât, à la majorité, de ne pas poursuivre l'instance en responsabilité; il se peut également que cette décision, entraînée peut-être par la prépondérance plus ou moins efficace de

celles des parts qui appartiennent au gérant déclaré fautif, soit estimée abusive par une minorité aigrie et agissante. Les associés, dépendant de cette minorité, sont-ils liés par la volonté négative exprimée par la majorité? Au contraire, ne peuvent-ils intenter, à leurs risques et périls, une action judiciaire en responsabilité à l'encontre du gérant qu'ils estiment ou fautif ou coupable?

C'est alors qu'apparaîtra l'action individuelle.

Mais cette action individuelle ne peut se mouvoir que dans la sphère limitée du préjudice subi par le demandeur individuel <sup>1</sup>. Ce demandeur individuel a bien soutenu — en tant qu'associé — que le patrimoine social avait subi un préjudice. Pour l'appréciation de ce préjudice collectif, l'associé avait préventivement aliéné sa liberté d'opinion, acceptant par avance l'opinion que formulerait une majorité statuant en assemblée générale. L'Assemblée générale a statué. Elle a déclaré que le patrimoine social n'a pas subi de préjudice dont il convienne de demander au gérant la réparation pécuniaire, motivant peut-être cette décision non pas sur une absence de préjudice, mais sur une absence de faute.

Personne ne peut intenter cette action judiciaire en réparation du préjudice *total* subi par le patrimoine de la société.

Mais, à côté du patrimoine social, existent les patrimoines individuels de chacun des associés; chacun de ces patrimoines comprend divers éléments, au nombre desquels figurent les parts dont chacun des associés se trouve être le propriétaire. Ces parts auront plus ou moins de valeur vénale selon que les événements de la vie sociale auront été plus ou moins heureux.

Si un associé estime que les actes du gérant ont, par l'effet de fautes lourdes ou dolosives, fâcheusement modifié le cours des événements de la vie sociale, et ont, par cela même, diminué la puissance capitaliste du patrimoine social, cet associé ne peut manquer d'estimer du même coup que ces mêmes fautes ont eu leur répercussion sur la valeur vénale des parts qu'il possède dans son patrimoine personnel.

Ces fautes du gérant arrivent ainsi à causer un préjudice personnel à chacun des associés.

Mais ce préjudice personnel n'est provoqué que par reflet.

Si une action judiciaire est intentée, à titre social, contre le gérant fautif, cette action sociale embrassera le préjudice total causé par la

1. Sur la nécessité d'un intérêt pour formuler une demande en justice, comp. *suprà*, nos 13, 16 et 34.



faute imputable au gérant. Le résultat de cette action sociale devant correspondre à ce préjudice total, aucune action individuelle ne peut être intentée, sous peine de double emploi. Une action individuelle deviendrait du reste sans cause, puisqu'elle ne peut avoir de cause que dans un préjudice social que le résultat de l'action sociale aura été précisément d'éteindre dans sa totalité.

Mais tout cela n'est vrai que si l'action sociale est réellement intentée.

Or, nous admettons l'hypothèse qu'elle ne le sera pas. Cela est dorénavant certain. L'assemblée générale l'a décidé.

Cette assemblée générale ne constitue pas une juridiction. Ses résolutions s'imposent à la minorité; mais elles ne s'imposent que dans la mesure des intérêts collectifs qui sont en jeu. Elles n'ont pas l'autorité de la chose jugée.

Par conséquent, l'associé isolé qui estime, nonobstant l'opinion émise par la majorité de ses co-associés, que les actes du gérant ont constitué une faute engageant la responsabilité de ce dernier, pourra assigner ce gérant en réparation du préjudice que les actes incriminés lui ont causé personnellement, dans son patrimoine propre, par la diminution de valeur infligée aux parts qui constituent l'un des éléments de ce patrimoine. Il le pourra parce qu'il est aujourd'hui certain que cette diminution de valeur ne se verra pas réparée du fait d'une action sociale, devenue irréalisable à raison de la décision prise par l'assemblée générale.

Mais cette décision négative de l'assemblée générale doit intervenir au préalable; elle constitue une condition essentielle pour que l'exercice de l'action individuelle puisse être permise.

Cette solution amène nécessairement à une constatation.

Il faut que l'associé isolé puisse mettre en demeure l'assemblée générale de se prononcer sur le principe même d'une telle action sociale.

Or, l'article 29 § 2 ne rend obligatoire la convocation d'une assemblée générale que si cette convocation est exigée par un groupement d'associés représentant la moitié au moins du capital social.

L'actionnaire qui veut intenter une action individuelle en responsabilité ne disposera jamais de la moitié du capital, puisque, par définition même, il ne peut agir judiciairement que parce qu'il appartient à une minorité qui s'estime opprimée.

Il convient cependant de lui reconnaître le droit d'intenter l'action individuelle, à portée restreinte, qu'il peut déférer aux tribunaux sous la condition que la société ait renoncé à intenter l'action sociale intégrale qui aurait rendu cette action individuelle sans cause.

Et, pour permettre à cet associé isolé de rapporter la preuve initiale

justifiant de la recevabilité de sa demande, il faut l'autoriser à procéder de la manière suivante :

L'associé isolé fera sommation à la société (représentée par son gérant) d'avoir à convoquer dans un délai déterminé, qui peut être de huitaine, une assemblée générale appelée à statuer sur la question de savoir s'il convient de poursuivre, par l'exercice d'une action sociale en responsabilité, le gérant, lequel aurait commis telles ou telles fautes de gestion, dommageables pour le patrimoine social, — à nommer, le cas échéant, un mandataire *ad litem* qui suivrait le procès au nom de la société, — enfin, à voter toutes mesures complémentaires utiles;

Alors, de deux choses l'une : ou le gérant satisfait à cette demande et convoque l'assemblée, celle-ci fournissant par la suite une réponse négative; dans ce cas, l'associé isolé possède la justification qui lui est nécessaire; — ou le gérant ne convoque pas l'assemblée, pour un motif quelconque, notamment sous ce prétexte que l'associé qui en a fait la demande ne représente pas la moitié du capital social, et cet associé isolé a, par le seul fait de l'échéance du délai de huitaine par lui imparti, la preuve d'une volonté de ne pas réunir l'assemblée générale compétente pour décider l'exercice de l'action sociale formant barrière pour son action individuelle. Il deviendra recevable à l'intenter.

**74. Quitus de gestion.** — A toute instance judiciaire en responsabilité le gérant défendeur pourra opposer diverses fins de non-recevoir dont la principale sera généralement fondée sur un quitus de gestion donné entre temps par une assemblée générale d'associés.

Nous examinons un peu plus loin, les redditions de comptes que doit présenter un gérant, ces redditions de comptes ayant, par ailleurs, l'avantage pour le gérant d'aboutir à un quitus de gestion dont les effets peuvent être, suivant les cas, plus ou moins efficaces.

Il s'en faut de beaucoup qu'un quitus de gestion donné par une masse collective d'associés mandants à un administrateur ou à un gérant ait l'effet absolu et définitif que beaucoup de personnes attribuent communément à un acte de cette nature. Le quitus n'est pas une immunisation du gérant à l'encontre de toute action judiciaire ultérieure en responsabilité. *A fortiori* cette immunisation n'existe-t-elle pas à l'encontre d'une action judiciaire en restitution.

En matière de quitus donné à des administrateurs sociaux, la seule théorie exacte nous paraît être celle qui procède des principes suivants :

Tout mandat suppose la prise en charge par le mandataire d'un cer-

tain nombre d'obligations et de prestations (article 1984, article 1989, article 1991).

Après avoir géré les biens appartenant au mandant, le mandataire est finalement tenu à deux choses essentielles, d'abord rendre compte de toutes ses opérations, ensuite remettre au mandant tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration.

Tant que le mandataire n'a pas rendu compte, il est en état de débiteur mis en demeure, *et la charge de la preuve lui incombe*. C'est à lui, mandataire, à prouver la matérialité et l'exactitude des opérations, actives et passives, qu'il impute au mandant. C'est à lui à fournir toutes justifications nécessaires. S'il a commis un détournement des fonds ou des valeurs qu'il n'a détenus qu'à titre de mandat ou de dépôt, la prescription ne commencera à courir en sa faveur qu'à compter du jour où il aura effectué la reddition de comptes qui est la première des obligations primordiales qui pèsent sur lui <sup>1</sup>.

Lorsque le mandataire a rendu compte de son mandat, il a satisfait à la première des obligations qui pèsent sur lui lors de l'expiration de son mandat, mais il n'a satisfait qu'à une seule de ces obligations. Sa situation s'est sensiblement améliorée. Toutefois, elle ne s'est qu'améliorée. Le mandant n'est pas privé de tout recours contre le mandataire par cela seul que le mandataire a procédé à une reddition de comptes que le mandant a approuvée et à la suite de laquelle le mandant a donné quitus.

*Mais la charge de la preuve est déplacée.*

Tant qu'un quitus n'est pas intervenu, c'est au mandataire qu'il appartient de prouver que le compte qu'il présente est exact et doté de toutes justifications utiles.

Lorsque le mandant a, sur une reddition de comptes suffisamment explicite pour qu'il puisse être réputé avoir agi en connaissance de cause, donné quitus de mandat, c'est à lui, mandant, qu'il appartiendra désormais de prouver que le compte que lui a fourni son mandataire était inexact et que les justifications dont s'est servi ce dernier étaient fallacieuses.

Il faut en décider ainsi, car l'article 541 du Code de procédure civile

1. Comp. sur l'obligation de rendre compte, Req. 26 décembre 1866, D. P. 66.1.203; Paris, 24 janvier 1888, D. P. 89.2.141; Civ. rej. 16 juin 1891, D. P. 92.1.321; Orléans, 17 décembre 1895, D. P. 97.2.77.

Comp. sur le point de départ de la prescription, Req. 6 janvier 1869, D. P. 69.1.224; Aix, 25 juin 1868, D. P. 70.2.15.

Comp. sur l'application, en matière de mandat, de la règle *Contrà non valentem agere non currit prescriptio*, Civ. cass. 27 mai 1857, D. P. 57.1.290; Req. 15 février 1858, D. P. 58.1.296; Besançon, 20 mai 1891, D. P. 94.2.180.



reconnait que les comptes inexacts peuvent toujours être redressés en cas d'erreurs, d'omissions, de faux ou de doubles emplois.

Mais le quitus, sans avoir d'effets définitifs et absolus, a toujours cet effet de renverser le fardeau de la preuve et de faire courir la prescription.

Il faut encore reconnaître que le quitus donné par une assemblée ordinaire ne peut valablement porter que sur des actes normaux d'administration; lorsque l'acte incriminé est un acte excédant les pouvoirs contractuellement conférés au gérant, un quitus ne peut lui être valablement octroyé que par une assemblée extraordinaire réunissant les conditions exigées par l'article 31 <sup>1</sup>.

Le quitus produit les effets efficients, mais limités, que nous venons d'énoncer. Encore faut-il qu'il soit donné en connaissance de cause <sup>2</sup>. Encore faut-il également que le consentement donné par les associés mandants ne soit vicié par aucune manœuvre dolosive émanant du mandataire <sup>3</sup>.

Enfin, le quitus doit être explicite et formel. Il ne peut résulter d'actes par lesquels les associés mandants ont donné au gérant un renouvellement de leur confiance sans, pour cela, approuver expressément les actes auxquels ce gérant a antérieurement procédé <sup>4</sup>.

On décide généralement, en matière de sociétés anonymes, que l'approbation donnée par une assemblée générale aux comptes annuels arrêtés par les administrateurs en fin d'exercice emporte quitus pour ces administrateurs <sup>5</sup>.

Il n'est pas assuré qu'il en doive être ainsi en faveur des gérants d'une société à responsabilité limitée, et ce à cause du caractère infiniment plus absolu que possèdent les pouvoirs dévolus aux gérants, pouvoirs que les associés n'ont pas le droit de limiter, par quelque clause contractuelle que ce soit, opposable aux tiers.

En outre, il existe, dans les sociétés anonymes, un organe intermédiaire de contrôle, aux pouvoirs mal définis, qui est le commissaire des comptes; ce dernier, par l'examen qu'il est censé faire des causes qui ont

1. Comp. pour analogie, Civ. cass. 21 juin 1881, D. P. 81.1.465; Civ. cass. 3 décembre 1883, D. P. 84.1.339; Req. 1<sup>er</sup> juillet 1897, D. P. 98.1.569; Paris, 6 février 1896, D. P. 96.2.518.

2. Comp. en ce sens, Trib. comm. Seine, 16 juillet 1888, *J. Soc.* 90.99; Req. 16 juin 1891, D. P. 92.1.321.

3. Comp. Paris, 13 juillet 1892, *Rev. Soc.* 93.223.

4. Comp. Paris, 26 décembre 1923, *Rev. Soc.* 1924.123.

Comp. également Hémard, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° 1199.

5. Voir Copper Royer, II.625.

provoqué les comptes soumis aux actionnaires, couvre les administrateurs, au moins quant à la reddition de comptes qu'ordonne l'article 1993.

Aucun organe intermédiaire de cette sorte n'existe dans les sociétés à responsabilité limitée qui, à raison du nombre restreint des associés, n'ont pas de Conseil de surveillance.

Il semble qu'il convienne, en cette occasion, de faire application d'une jurisprudence qui s'est manifestée à l'occasion de mandats réalisés en Bourse, et d'après laquelle un règlement de comptes, arrêté par net appoint, intervenu entre un client mandant et un banquier mandataire ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur d'une action *mandati*, exercée par le mandant, et tendant à exiger du mandataire la justification de la matérialité et de l'exactitude des opérations dont il avait été argué pour l'établissement du compte, déjà accepté<sup>1</sup>.

Ce qui est en jeu ici, c'est l'article 541 du Code de procédure civile. L'article 541 autorise le redressement d'un compte ultérieurement reconnu comme erroné. Mais il interdit la révision d'un compte déjà accepté. La révision d'un compte n'est en effet pas autre chose que la réitération d'une opération qui a déjà été effectuée.

Mais la jurisprudence semble admettre que l'article 541 n'est pas applicable à l'action *mandati*. Le mandant peut, en vertu de l'article 1993, formuler deux exigences : il peut exiger que le mandataire lui fasse raison de tout ce qu'il a reçu en vertu de la procuration (et c'est le résultat apparent obtenu au moyen de la présentation des comptes sociaux) et il peut également exiger que le mandataire rende compte de sa gestion, en justifiant de la matérialité, ainsi que de l'exactitude de toutes les opérations ayant abouti aux éléments créditeurs ou débiteurs du compte appliqué au mandant.

Lorsque le mandataire a satisfait à la première des deux obligations rappelées ci-dessus, il n'a pas, aux dires de la jurisprudence, pour cela satisfait à la seconde de ces obligations. Il ne peut exciper du compte précédemment accepté, et de l'article 541, pour se refuser à justifier de la réalité et de l'exactitude des opérations qu'il dit avoir effectuées.

C'est bien démontrer le caractère précaire d'un *quiltus* qui n'a pas été donné en pleine connaissance de cause et sur un rapport explicite justifiant des opérations mêmes ayant abouti aux comptes que le mandataire demande au mandant d'accepter.

1. En ce sens. Civ. cass. 10 février 1915, aff. Eggly. D. P. 1919.1.28. — Comp. également, Req. 11 novembre 1879, D. P. 80.1.421; Req. 13 juin 1883, D. P. 84.1.232; Req. 27 novembre 1907, D. P. 1910.1.12.

Les litiges qui se dérouleront à l'occasion d'une instance en responsabilité prétendument couverte par un *quitus* seront presque toujours des questions où le fait, étroitement mêlé au droit théorique, interviendra pour une large part à la solution que les juges auront à donner.

Ce que nous avons seulement tenu à indiquer, c'est que le gérant d'une société à responsabilité limitée doit, comme tout mandataire, obéir à la double obligation que l'article 1993 fait peser sur lui; que le fait de présenter des comptes attribuant finalement aux mandants certaines valeurs correspond à l'une seulement des deux obligations que vise l'article 1993; que l'approbation donnée à ces comptes n'est pas, à elle seule, suffisante pour dégager le mandataire de l'autre obligation qui est à sa charge et qui consiste à fournir au mandant toutes justifications quant aux opérations traitées pour son compte; que l'approbation donnée, par les associés, aux comptes présentés par les gérants ne prend toute sa valeur que si cette approbation a été donnée en connaissance de cause, c'est-à-dire après un compte rendu détaillé fourni par le mandataire sur toutes ses opérations, la masse des mandants ayant été mise à même de se documenter sur des justifications qu'elle aura, à la majorité, reconnues suffisantes; enfin que si l'approbation des comptes fut pure et simple et sans exposé préalable et détaillé des actes de la gestion, la société mandante conserve le droit de demander au gérant toutes justifications nécessaires quant à la réalité et quant à l'exactitude de ces actes de gestion.

Sans doute, l'approbation donnée par le mandant aux opérations réalisées par le mandataire n'exige pas des conditions aussi rigoureuses que sont celles ordonnées par l'article 1338 pour la ratification d'un acte entaché d'une nullité relative. Mais ce n'est qu'une question de nuances, le *quitus* donné par le mandant ne prenant de force et d'efficacité que s'il a été donné en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire sur la présentation de tous les éléments justificatifs susceptibles d'imprimer au consentement donné par le mandant une valeur définitive.

Enfin, nous rappelons que, même lorsque le quitus fut donné en connaissance de cause, une instance en responsabilité, qui est, alors, plutôt une instance en restitution, demeure possible, si le mandant justifie d'un dol ou d'une erreur dans la présentation des comptes, le fardeau de la preuve étant alors à sa charge.

Le quitus est plus caractérisé lorsqu'il est donné par une sorte de transaction, accordée par la masse collective des associés, sur un rapport détaillé fourni par un expert ou un arbitre, ou contre un abandon réciproquement consenti par le gérant et accepté par l'assemblée générale.



rale, laquelle déclare, alors, expressément renoncer à toute action sociale; la résolution de l'assemblée prend en ce cas le caractère d'un forfait et peut être opposée par le gérant à toute instance en responsabilité ultérieurement formée par un associé.

En tout état de cause, un quitus, même donné sur transaction, n'est pas opposable aux tiers, étant l'œuvre exclusive des associés et n'ayant de force qu'à l'encontre de ces derniers.

**75. Prescription des actions en responsabilité.** — Les actions judiciaires en responsabilité que la masse collective des associés, ou qu'un associé agissant à titre individuel, peut intenter contre un gérant de société à responsabilité limitée peuvent se voir couvrir par trois sortes de prescriptions.

Ou bien, la cause de cette action judiciaire consistera dans une infraction commise à l'encontre des articles 2, 4, 5, 6, 7 et 8 de la loi du 7 mars 1925, infraction entraînant comme conséquence soit la nullité de la société, soit la nullité d'une opération sociale telle qu'une augmentation de capital; dans ce cas, la prescription sera acquise au bout de dix ans (articles 8, § 2). Nous avons indiqué plus haut, n° 15, le caractère de délai préfix qu'il convenait de reconnaître à cette prescription, qui, dès lors, s'apparente aux prescriptions d'ordre criminel et suit des règles différentes de celles applicables à la prescription décennale de l'article 1304.

Ou bien, la cause de l'action judiciaire en responsabilité résidera dans une faute de mandat commise au cours de la vie sociale; et, dans ce cas, la prescription ne sera acquise en faveur des gérants que dans les termes du droit commun, qui est le délai trentenaire de l'article 1262.

Ou bien enfin, la faute de mandat donnant naissance à l'action en responsabilité sera un acte plus grave qu'une faute civile ou commerciale, elle constituera un délit, dont le gérant se sera rendu coupable et qui entraîne pour ce gérant une responsabilité pénale en plus de la responsabilité civile qui existe déjà par le seul fait que l'acte incriminé a le caractère d'une faute. Et, dans ce cas, la prescription de trois ans qui couvre la responsabilité pénale couvre du même coup la responsabilité civile pesant sur le délinquant <sup>1</sup>.

On assistera donc parfois à ce spectacle, dont la moralité est douteuse, d'un gérant qui, assigné en responsabilité pour des fautes notoires décou-

1. Voir *suprà*, n° 36.

Comp., notamment Trib. corr. Seine, 12 avril 1930, *Sem. Jurid.* 1930.1170.

vertes après coup, arguer de ce que ses fautes ont un caractère plus grave que celui que leur reconnaissent les associés demandeurs; il démontrera que ces fautes constituent de véritables escroqueries et d'authentiques abus de confiance; et, par cela seul, il acquerra toute impunité, si la prescription triennale est acquise <sup>1</sup>.

On serait assez tenté de repousser une pareille exception en se fondant sur l'adage juridique *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, mais la jurisprudence s'est toujours maintenue dans la voie qu'elle s'était tracée en expliquant que, en rétablissant aux faits allégués leur caractère intrinsèquement délictuel, le défendeur ne s'en reconnaissait pas pour cela nécessairement l'auteur, pouvant seulement se contenter de dire que ces faits, à les supposer démontrés, constitueraient des délits, et, comme tels, seraient couverts par la prescription triennale <sup>2</sup>.

Nous rappelons seulement que, pour qu'un défendeur puisse utilement exciper du caractère délictuel de l'acte qui lui est imputé, et, par voie de conséquence, pour qu'il puisse exciper de la prescription triennale attachée à cet acte, il est indispensable que l'action civile tardivement intentée ait exclusivement pour fondement l'acte isolé auquel le défendeur demande à ce que le caractère de délit soit reconnu.

L'exception tirée de la prescription triennale devra donc être écartée chaque fois que le demandeur en responsabilité justifiera que son instance n'est pas exclusivement fondée sur cet acte isolé, mais repose également sur certaines infractions contractuelles auxquelles aucun caractère délictuel ne peut être reconnu, qui peuvent être envisagées isolément, et qu'il est possible de reconnaître comme génératrices du préjudice dont il est demandé réparation <sup>3</sup>.

**76. Réparation du préjudice causé.** — Il ne peut être utilement intenté d'action judiciaire en responsabilité que si la masse collective des associés a subi un préjudice du fait des actes dont l'appréciation est déférée à la justice.

1. Lorsque le défendeur a été traduit devant les tribunaux répressifs, et acquitté, sa faute ne peut plus être envisagée comme un délit, et sa responsabilité devient une responsabilité trentenaire (Garraud, t. II, n° 72).

2. En ce sens, Req. 1<sup>er</sup> février 1882, D. P. 82.1.454; Paris, 16 novembre 1886, D. P. 87.2.17.

Comp. également Sarrut, note au D. P. 1899.1.249; Garraud, II.69.

3. Comp. Civ. rej. 28 février 1896, D. P. 97.1.380; Civ. cass. 13 décembre 1898, D. P. 99.1.249; Civ. cass. 10 janvier 1899, D. P. 1905.1.271; Req. 2 février 1910, D. P. 1910.1.72; Civ. rej. 18 octobre 1910, D. P. 1912.1.233; Req. 27 mai 1914, D. P. 1914.1.309; Req. 20 avril 1915, D. P. 1916.1.204.

Une relation de cause à effet doit toujours exister entre les faits énoncés et le préjudice allégué.

Un gérant, assigné en responsabilité à raison de faits constitutifs d'une faute de gestion indiscutable, peut donc exciper soit du caractère non dommageable de ces actes, soit de l'absence de toute relation de cause à effet entre ces actes et le dommage que la société a réellement subi, mais qui, suivant lui, serait dû à d'autres causes<sup>1</sup>, soit enfin de la réparation du préjudice, originairement éprouvé, mais, par la suite, réparé.

Les deux premiers points sont universellement admis en jurisprudence.

Il pourrait être émis un doute en ce qui concerne le troisième point, à raison de ce que la loi de 1925 ne reproduit pas les dispositions nouvelles que l'article 8 de la loi de 1867 doit à la loi Clausel de Coussergues du 1<sup>er</sup> août 1893. Nous avons examiné ce point, *suprà*, n° 34. Mais nous pensons qu'en excipant d'une réparation du préjudice causé, le gérant formulera une argumentation suffisante barrant la route à toute instance en responsabilité. Au moins en sera-t-il ainsi chaque fois que l'action judiciaire en responsabilité sera une action sociale.

En effet, l'action sociale en responsabilité ne peut avoir pour cause que le préjudice causé à la caisse ou au patrimoine social par un acte estimé dommageable; cette même action sociale ne peut avoir pour résultat que de restituer au patrimoine social ce dont ce dernier s'est vu injustement priver.

Dès lors, sitôt que justification sera fournie d'une restitution préventivement faite au même patrimoine social de toutes les valeurs dont il avait pu être privé, toute action sociale en dommages-intérêts ou en restitution se trouvera sans objet.

Une action judiciaire, en nullité, et *a fortiori*, en responsabilité, n'est recevable qu'autant qu'elle est fondée sur un intérêt, en ce sens que le demandeur doit toujours pouvoir démontrer que sa situation deviendra pécuniairement meilleure qu'elle n'est présentement, lorsque la solution judiciaire qu'il sollicite sera intervenue (voir *suprà*, nos 13 et 16).

Lorsque le préjudice dont il est argué aura été réparé (ce qui, au surplus, peut être souverainement constaté par une assemblée générale des associés, celle-ci déclarant renoncer à toute action sociale) aucune

1. La jurisprudence est, sur ce sujet, constante. Comp. notamment, Douai, 6 mars 1900, D. P. 1901.1.207; Aix, 23 juin 1904, J. Soc. 1905, 316; Agen, 23 juin 1903, D. P. 1903.2.318; Paris, 14 juin 1929, Sem. Jurid. 1929.1134; Paris, 16 novembre 1929, Sem. Jurid. 1930.285; Civ. cass. 20 janvier 1930, D. H. 1930.145.



action judiciaire ne peut donc plus être intentée contre le gérant.

Nous avons indiqué, *suprà*, n° 35, la distinction essentielle qu'il convenait de faire entre les actions sociales et les actions individuelles, et nous avons expliqué qu'une action individuelle ne pouvait exister — à raison d'un fait social — que dans la mesure du préjudice que le demandeur pouvait avoir éprouvé, dans son patrimoine individuel, par reflet du préjudice globalement subi par le patrimoine collectif de la société.

En effet, le patrimoine social diminuant de valeur, les titres divisant ce patrimoine diminuent corrélativement dans leur valeur intrinsèque, et le propriétaire de ces titres subit, — par reflet — un préjudice individuel correspondant à celui qu'éprouve le patrimoine de la société à laquelle il s'est agrégé.

Mais ce préjudice individuel n'est qu'un reflet. Il n'existe que dans la mesure du préjudice global subi par le patrimoine social.

Nous avons, *suprà*, n° 73, tiré cette première conséquence que l'action sociale ne pouvait être exercée *ut singulus* qu'à défaut par la société elle-même d'exercer l'action judiciaire totale qui demeure toujours l'action principale devant laquelle toutes actions individuelles doivent s'incliner, car, lorsque cette action totale aura été intentée, toutes les actions individuelles qui n'en sont que le fractionnement, disparaissent, faute d'objet et faute de raison d'être. Et nous avons vu également que l'action sociale ne pouvait être exercée à titre individuel que sous la condition qu'il soit dorénavant certain que l'action sociale ne serait jamais exercée *ut universi*. Ce sans quoi le défendeur en responsabilité serait exposé à payer deux fois.

Nous devons ajouter ici que l'action sociale en responsabilité ne peut être exercée *ut singulus*, et demeure irrecevable, lorsque le mandataire défendeur justifie de la réparation du préjudice causé au patrimoine social, cette réparation globale entraînant forcément la réparation du préjudice partiel causé à chacune des parts divisant le capital social.

Quant aux actions individuelles proprement dites, elles ne peuvent être exercées que lorsqu'elles ont une cause entièrement distincte de celle justifiant de l'action sociale; il faut, en pareil cas, que le demandeur justifie d'un préjudice individuel qui lui a été infligé, par des actes ou des manœuvres qui conservent à son endroit un caractère personnel, et que la masse des autres associés n'a pas connus, ou dont cette masse n'a pas eu à souffrir.

Cette action judiciaire peut être intentée en tout état de cause, puisque, distincte de celle ayant pour cause le préjudice global subi par la masse collective des associés, elle prend sa raison d'être dans des

faits dolosifs ou dommageables effectués en dehors du cercle restreint des associés.

Mais, pour être recevable en une semblable instance individuelle, le demandeur doit prouver à la fois et le préjudice qu'il a subi, et la nature entièrement distincte de ce préjudice comparé avec celui éprouvé par la masse, enfin la cause de ce préjudice, cause nécessairement distincte de celle ayant entraîné le préjudice subi par la masse.

**77. Rémunération des gérants.** — La rémunération des gérants est d'ordre purement contractuel.

Les gérants ont, tout d'abord, le droit absolu de se faire rembourser de toutes leurs avances; c'est un droit générique qu'ils tiennent de l'article 1999 du Code civil.

Quant aux émoluments auxquels ils peuvent prétendre, tout, en cette matière, dépend de la volonté des parties.

Il ne faut pas perdre de vue que le, ou les gérants d'une société à responsabilité limitée ont des occupations infiniment plus strictes, infiniment plus journalières, que n'en ont les administrateurs d'une société anonyme. Il est donc tout-à-fait naturel que la rémunération qui leur sera allouée corresponde le plus souvent, à un salaire de directeur général, ce salaire pouvant être composé de deux éléments, un élément fixe payé en tout état de cause, généralement tous les mois, et quels que soient les résultats de l'entreprise, — puis, un élément proportionnel, qui demeure soumis à la condition suspensive d'une exploitation bénéficiaire et qui correspond, suivant les cas, soit à un tantième d'administrateur de société anonyme (auquel cas il n'est perçu qu'en cas de super-bénéfices excédant la somme nécessaire pour payer au capital engagé un premier dividende correspondant à un intérêt d'argent), soit à un tantième d'associé en nom collectif (auquel cas il est perçu sur le montant global des bénéfices réalisés).

**78. De l'application au gérant des règles sur le secret professionnel.** — Comme nous l'avons indiqué, le gérant peut être considéré à la fois comme le représentant légal de l'être moral que sa qualité d'abstraction rend incapable d'agir par lui-même, — et aussi comme un locateur de services qui s'oblige à fournir à la société des prestations quotidiennes et constantes. L'obligation que contracte à ce sujet le gérant d'une société à responsabilité limitée est infiniment plus stricte et plus étroite que n'est celle qui pèse sur l'administrateur qui accepte de faire partie du Conseil d'administration d'une société anonyme.

■ C'est ainsi que nous avons été amenés à considérer les fonctions dévolues à un gérant de société à responsabilité limitée comme s'apparentant à celles qui, dans une société anonyme, sont attribuées au directeur général que vise l'article 22 § 2 de la loi de 1867; ce directeur général peut, lui aussi, être étranger à la société. Il peut cependant la représenter. La loi du 8 décembre 1883, en son article 1<sup>er</sup>, admet comme électeurs aux tribunaux de commerce les directeurs de compagnies françaises anonymes de finance, de commerce et d'industrie. On admet que, depuis qu'est intervenue la loi du 1<sup>er</sup> août 1893, ce droit de vote, et, par conséquent, de représentation pour une opération déterminée, doit être reconnu à tous les directeurs de sociétés commerciales. Ce même droit appartient au gérant de la société à responsabilité limitée, et c'est bien là reconnaître combien la personnalité de cette société est absorbée par la personnalité physique de ce gérant.

■ Le gérant va donc être à même de connaître tous les détails de l'entreprise sociale; il en connaîtra tous les faits confidentiels; il en connaîtra toute la comptabilité; il en connaîtra tous les clients.

On peut imaginer que le gérant résilie ses fonctions pour une cause ou pour une autre et qu'il soit alors amené à révéler l'un quelconque des faits, intrinsèquement ou occasionnellement confidentiels, qui sont venus à sa connaissance à raison de ses fonctions de gérant.

Une semblable utilisation des faits sociaux peut être dolosive et elle doit être envisagée au point de vue des résultats d'ordre pénal et des résultats d'ordre seulement commerciaux qu'elle peut entraîner.

Les actes du gérant, qui révèle ou qui utilise un fait confidentiel appartenant à la société dont il fut pendant un temps le représentant légal, peuvent tout d'abord tomber sous le coup de l'article 378 du Code pénal.

L'article 378 dit : *Les médecins..... et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui..... auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 à 500 francs.*

Si on examine la question d'un peu haut, on peut se demander si le gérant d'une société à responsabilité limitée qui reçoit connaissance d'un secret, ou d'un fait confidentiel dans l'exercice des fonctions dont il fut investi par la volonté des associés, commet le délit de l'article 378 en révélant ce secret.

L'affirmative ne paraît pas douteuse.

Sans doute, le législateur du 22 février 1810, date à laquelle fut promulgué le Code pénal, a, — en édictant l'article 378, — eu principalement en vue les médecins, chirurgiens, sages-femmes, et autres profes-



sionnels de la gent guérissante, mais son texte est général, de telle sorte que cet article 378 doit être reconnu applicable à tous ceux qui, par état ou profession, furent dépositaires de certains secrets, que ces secrets soient des secrets de fabrication (par conséquent, d'ordre matériel), ou des secrets de commerce et d'administration (par conséquent, d'ordre intellectuel).

C'est ainsi que la jurisprudence s'est affirmée pour déclarer l'article 378 applicable aux notaires <sup>1</sup>,

aux avoués <sup>2</sup>,

aux avocats <sup>3</sup>,

aux secrétaires de mairie <sup>4</sup>,

au greffier d'un juge d'instruction <sup>5</sup>,

aux inspecteurs de la sûreté <sup>6</sup>.

Ce serait, au surplus, une erreur juridique que d'estimer que l'article 378 n'est applicable, en dehors des médecins, qu'aux personnes exerçant des fonctions ayant un caractère public. La disposition finale de ce texte, complétant, par une formule générale, l'indication des personnes soumises à l'obligation du secret, ne limite pas le nombre ou la nature des agents révélateurs, puisque le texte légal ne s'est pas contenté d'éviter le terme juridique de « fonctions », mais a pris soin, en employant les termes « état » et « profession », de rendre aussi large que possible la formule qu'il utilisait <sup>7</sup>.

Pour que la révélation d'un secret soit punissable chez la personne à qui il a été confié, il suffit que l'auteur de l'acte incriminé rentre dans la catégorie des personnes auxquelles des secrets sont confiés à raison de leur état ou à raison de leur profession.

Toutes ces personnes, investies d'une mission de confiance par la loi, par les usages ou par la volonté d'un mandant ou d'un déposant, sont punissables lorsqu'elles divulguent les faits confidentiels qui leur ont été confiés.

On a souvent appelé ces personnes des *confidents nécessaires*.

Il en semble donc guère possible de soutenir que les gérants d'une

1. Crim. rejet, 7 avril 1870, D. P. 70.1.85; Toulouse, 30 mars 1898, D. P. 99.2.442; Montpellier, 4 juillet 1912, D. P. 1914.2.210.

2. Crim. rejet, 6 janvier 1855, D. P. 55.1.50.

3. Appleton, n° 201.

4. Crim. cass. 13 mars 1897, D. P. 97.1.233.

5. Crim. rej. 9 juillet 1886, D. P. 86.1.475.

6. Trib. corr. Seine, 26 décembre 1895, D. P. 96.2.230.

7. Cons. en ce sens la note de M. de Lanzac de Laborie, au D. P. 97.1.233. — Comp. également la dissertation de M. Marcel Waline, au *Dalloz hebdomadaire*, 1930, n° 33, p. 65, sur le secret professionnel des fonctionnaires.

société à responsabilité limitée ne rentrent pas théoriquement dans la masse indistincte des personnes susceptibles de tomber sous le coup de l'article 378.

Il ne reste alors qu'à analyser les éléments constitutifs du délit.

Ces éléments constitutifs sont au nombre de quatre :

a) Il faut que l'auteur de la divulgation ait bien exercé un état ou une profession qui l'ait rendu dépositaire d'un secret; nous venons de voir que les gérants de sociétés à responsabilité limitée renaient bien dans cette catégorie de confidents nécessaires; on doit, du reste, l'admettre d'autant plus facilement que les gérants d'une société à responsabilité limitée (être moral abstrait) peuvent être envisagés comme des mandataires d'une classe supérieure à celle des mandataires ordinaires, et presque comme des représentants légaux (voir *suprà*, n° 60). En effet, le mandataire ordinaire est celui qui effectue matériellement une opération que le mandant pourrait, à la rigueur, faire lui-même; le représentant légal est celui qui effectue une opération que le véritable intéressé ne peut faire directement, soit à raison de sa minorité, soit à raison de son caractère d'abstraction. Cette seule considération met en lumière le caractère de dépôt nécessaire qui s'attache au dépôt intellectuel fait au gérant d'une société à responsabilité limitée.

b) Il faut qu'il s'agisse d'un fait ayant un caractère confidentiel et ce caractère confidentiel sera réputé acquis sitôt qu'il sera certain que l'auteur de la révélation de certains faits n'en a eu connaissance et n'a pu en avoir connaissance qu'à raison des actes de son état ou de sa profession.

Ici intervient en doctrine une controverse qui distingue entre les faits confidentiels dont le révélateur était le confident nécessaire, et ceux dont ce révélateur a eu connaissance sans qu'on les lui ait, à proprement parler, confiés. Il faut reconnaître du reste que cette controverse a été surtout débattue à l'encontre de personnes qui, se retranchant derrière le secret professionnel, se refusaient à fournir à la justice ou à certaines autorités administratives les dépositions ou les renseignements qui leur étaient demandés. Diverses décisions judiciaires ont pu être ainsi violemment influencées par des considérations de fait <sup>1</sup>.

1. C'est ainsi qu'une jurisprudence, critiquable dans son principe, a refusé à un avocat-conseil le droit de se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de déposer en justice sur des faits portés à sa connaissance par des clients de son cabinet (Paris, 6 novembre 1916, D. P. 1917.2.128); — à un gérant d'immeubles un droit de même nature pour refuser de déclarer aux services d'hygiène de la commune le nom du propriétaire d'une maison où des réparations sanitaires apparaissaient comme urgentes (Lyon, 27 juin 1912, *Le Droit* du 12 novembre 1912).

La solution ne peut être équitablement recherchée que dans les principes du droit. Il faut se demander à quelle notion juridique s'apparente l'article 378. Est-ce à une notion contractuelle de dépôt? Telle était la conception des juristes de l'ancien droit. Mais cette conception ne paraît pas correspondre à la pensée exacte du législateur de 1810, lequel a bien employé le mot « dépositaire », mais qui paraît l'avoir employé dans un sens tout à fait générique, le dépôt visé par le Code civil portant sur des choses mobilières (et ce dépôt aboutit à l'article 408) — tandis que le dépôt visé par l'article 378 porte sur des choses intellectuelles, qui, par leur nature fluide et impalpable sont plus faciles à appréhender, à saisir, et, par voie de conséquence, l'abus de confiance intellectuel qui est à la base de l'article 378 doit être punissable en des circonstances de fait moins strictes et moins étroites que ne seront celles de l'article 408.

Suivant une deuxième opinion, qui n'est qu'un glissement de la première doctrine vers une conception un peu élargie, les prescriptions légales quant au secret professionnel reposent sur une notion purement contractuelle; ce sont donc des intérêts privés dont le législateur a voulu ordonner la protection. Un contrat s'est formé entre le médecin et le malade, entre l'avocat et le client, entre le gérant et la masse collective des associés. Ce contrat, comportait une condition implicite, virtuelle, nécessaire : tous les faits que le médecin, l'avocat, l'administrateur ou le gérant allait pouvoir connaître dans l'exercice des fonctions qu'il lui était permis d'exercer, tous ces faits appartiennent au mandant, et le mandataire, l'administrateur ou le locateur de services ne doit pas pouvoir faire, de la connaissance qu'il lui sera donné d'avoir, un usage autre que celui qu'il est dans la volonté du mandant d'accorder.

Si la protection, qui est la notion essentielle de l'article 378, est bien une protection contractuelle, la première conséquence en serait que le maître du secret peut délier celui qui en fut le confident nécessaire de l'obligation de mutisme qui pèse sur lui <sup>1</sup>.

Telle n'est pas l'opinion de la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence qui voit dans la notion juridique servant de base à l'article 378 une notion d'intérêt public. C'est l'intérêt public qui exige que des secrets soient gardés, c'est l'intérêt public qui exige le respect de certains devoirs professionnels. Le secret professionnel devient alors une règle d'ordre public. Il est en dehors, il est au-dessus, des intérêts particuliers; le préjudice subi par ces intérêts particuliers se règlera

1. En ce sens, Lyon, 16 juin 1909, D. P. 1910.2.123.



d'après les lois civiles ou commerciales. Mais la partie lésée ne peut délier la partie enchaînée. Aucune autorisation contractuelle ne peut aller à l'encontre de cette règle d'ordre public<sup>1</sup>.

Nous avons expliqué (*suprà*, n° 15 et n° 34) que telle était bien la caractéristique des lois d'ordre public de demeurer en dehors des stipulations contractuelles des parties.

Si cette doctrine doit prévaloir (et nous ne cachons pas que nos préférences vont à la théorie contractuelle<sup>2</sup>) il va de soi que tous les faits confidentiels qui n'ont été connus par une personne déterminée qu'à raison de l'état, ou de la profession par elle exercé rentrent dans le domaine de l'article 378, quelle que soit l'origine de la connaissance, et alors même que cette connaissance aurait son origine dans une indiscretion commise. Il suffit que cette indiscretion ait été rendue possible par les fonctions occupées du fait de l'état, ou de la profession, exercé par le délinquant.

c) Il faut, encore, qu'il y ait eu une révélation effective et volontaire du fait révélé à titre confidentiel.

d) Il faut, enfin, qu'il y ait eu intention délictuelle; les tribunaux seront souverains maîtres en cette question; nous indiquerons seulement que l'intention délictuelle sera suffisamment démontrée lorsque la preuve d'un intérêt personnel ou d'un esprit de malveillance sera rapportée à l'encontre de l'auteur de la révélation.

A l'article 378 du Code pénal, lequel réprime d'une façon générale, les abus de confiance d'ordre intellectuel, s'ajoute l'article 418, lequel ne vise que certains abus de confiance d'ordre intellectuel, ceux qui peuvent être commis par un directeur, commis ou ouvrier révélant des secrets de la fabrication propre à l'entreprise qui avait loué ses services.

1. Comp. en ce sens, Garraud, t. V, n° 2064; Chauveau et Hélie, t. V, n° 1876.

La jurisprudence paraît établie en ce sens depuis un arrêt de la Chambre criminelle du 11 mai 1844. — Comp. notamment la note de M. Loubat, sous Trib. civ. Rennes, 12 juin 1903, D. P. 1905.2.321.

2. Il semble que l'on pourrait faire une distinction entre les professions dont l'exercice est réglementé par une loi et celles dont l'exercice est commercialement libre. Le médecin, l'avocat, exercent des professions réglementées. Le secret professionnel qui pèse sur eux peut toucher à l'ordre public, parce que l'Etat peut exiger de celui qui veut avoir le diplôme de médecin ou le diplôme d'avocat, certaines conditions dans l'exercice de la profession de celui qui se présentera au public avec le prestige de ce diplôme.

Rien de semblable n'existe pour celui qui est administrateur ou gérant d'une société. Cet administrateur et ce gérant sont cependant liés par le secret professionnel. Mais l'origine de ce secret est purement contractuelle, et c'est commettre un étrange abus que d'y introduire une notion d'ordre public.

Le délit est, ici, infiniment plus spécialisé, et la loi fait une distinction fondamentale suivant que le secret de fabrication a été révélé à des étrangers (ou à des Français résidant à l'étranger) — ou suivant que ce secret a été révélé à des Français résidant en France.

Nous avons indiqué (*suprà*, n° 64) que le contrat qui liait un gérant à la société qui le nommait à ces fonctions devait s'analyser comme un contrat de louage de services. Nous avons vu notamment (*suprà*, n° 53) que la cession de parts sociales consentie à un gérant non encore associé devait être considérée comme une cession faite à un étranger et être, comme telle, soumise aux règles de l'article 22. Le gérant n'est donc, à proprement parler, qu'un directeur général.

Ce directeur général rentre, quel que soit son titre, dans la zone d'application de l'article 418.

Mais, comme nous l'indiquions à l'instant, le délit de l'article 418 est un délit extrêmement spécialisé. Il ne s'applique qu'en cas de révélation d'un secret de fabrication, ce qui exclut les secrets d'ordre purement commercial, par exemple la communication de la liste des clients, ou celle des ristournes qui leur sont consenties à titre de bonification occulte <sup>1</sup>.

Quant aux responsabilités d'ordre civil pouvant peser sur un gérant, ou sur un ancien gérant de société à responsabilité limitée, du fait des actes de concurrence déloyale dont il se rendrait coupable envers la société à laquelle il avait été précédemment attaché, on ne peut, à cet égard, que s'en rapporter aux principes généraux en la matière <sup>2</sup>.

Nous rappellerons seulement deux points essentiels :

— Le gérant a, sauf stipulations contractuelles expresses, le droit de s'établir à son compte, ou d'entrer comme directeur ou comme employé

1. Il a été jugé à cet égard qu'un ouvrier commet le délit de révélation de secret de fabrique lorsqu'il livre à un tiers un procédé de fabrication utilisé par son patron, encore bien que, au cours de son travail chez ce dernier, il ait amélioré le procédé employé et ait acquis ainsi un certain tour de main, car ces avantages nouveaux n'en appartiennent pas moins à son patron (Amiens, 18 mars 1904, D. P. 1904.2.400);

Que le fait, par un directeur de fabrique, de quitter, après avoir demandé et obtenu par lettre un rendez-vous, le territoire français pour se rendre à l'étranger avec l'intention formelle de communiquer un secret de la fabrique, constitue, non pas un simple acte préparatoire, mais un des éléments du délit de communication de secret de fabrique; un tel acte, commis sur le territoire français, alors même qu'il est imputable à un étranger, est de la compétence des tribunaux français (Crim. cass. 4 juillet 1903, aff. Smeets, D. P. 1903.1.425).

2. Comp. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*; Emile Bert, *Traité de la concurrence déloyale*; Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*; Allart, *Traité de la contrefaçon*.

dans une entreprise étrangère ayant le même objet que la société qu'il aura quittée après l'avoir, pendant un temps, dirigée; la seule chose qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il ne commette aucun acte de concurrence déloyale, et, *à fortiori*, qu'il ne commette aucune révélation de secret <sup>1</sup>;

— Le gérant commettra un acte de concurrence déloyale sitôt qu'il détournera la clientèle de l'ancienne entreprise à laquelle il a appartenu, soit en utilisant abusivement la connaissance des affaires du concurrent, connaissance acquise grâce à la confiance qui lui avait été primitivement accordée, soit en utilisant des procédés, même non brevetés, qu'il n'a pu connaître que par suite de la confiance sans limite dont il avait été investi <sup>2</sup>.

1. Civ. rej. 29 mai 1908, *Ann. prop. indust.* 1908.1.309.

2. Comp. Req. 23 juillet 1873, D. P. 74.1.310; Lyon, 27 novembre 1875.



## CHAPITRE IV

### DES EMPRUNTS QUE PEUT CONTRACTER UNE SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

**79. Emprunts commerciaux et emprunts obligataires.** — Une société à responsabilité limitée, dûment publiée, est dotée de la personnalité morale. Elle peut agir comme pourrait agir n'importe quelle autre société ou, plus exactement, n'importe quel autre commerçant. Elle ne peut cependant faire un acte qui lui serait expressément interdit par une disposition particulière de la loi.

Une société à responsabilité limitée peut donc emprunter. Car tout commerçant peut contracter un emprunt.

Mais l'alinéa 4 de la loi du 7 mars 1925 interdit à cette société d'émettre pour son propre compte, et par souscription publique, des valeurs mobilières quelconques. Ce texte est renforcé par le dernier alinéa de l'article 37 qui punit d'une peine correctionnelle les gérants qui, directement ou par personne interposée, auront ouvert une souscription publique à des valeurs mobilières quelconques pour le compte de la société (voir *supra*, n° 39).

On peut alors se demander quels sont au juste les emprunts auxquels peut valablement procéder une société à responsabilité limitée.

On peut tout d'abord admettre qu'une société de cette nature peut valablement contracter tous les emprunts qui ne sont pas matérialisés par un titre transmissible autrement que ne sont transmissibles les créances visées en l'article 1690 du code civil. La société peut donc réaliser, soit auprès d'un associé, soit auprès d'un tiers, tous emprunts d'ordre individuel, par ouverture de crédit, compte courant, prêt hypothécaire, etc...

La société peut encore contracter des emprunts réalisés sous la forme commerciale d'un billet à ordre ou d'une traite acceptée.

Sur ces deux premiers points, tout le monde est d'accord. Et cependant autoriser la création de billets à ordre ou de traites acceptées, c'est autoriser la création de valeurs mobilières négociables suivant d'autres modalités que les modalités de droit civil.

Mais la matérialisation, sous cette forme commerciale, des emprunts de la société ne tombe pas sous le coup de la loi parce que de semblables titres négociables ne sont jamais émis par voie de souscription publique.

Une discussion ne peut donc porter que sur les obligations qu'émettrait une société à responsabilité limitée, étant entendu que, aux *obligations* doivent s'adjoindre tous les titres qui procèdent des mêmes caractères quelle que soit la dénomination dont on les affuble, *bons de caisse, bons décennaux ou quinquennaux, délégations, grosses au porteur*, etc...

Suivant certains auteurs, toute émission d'obligations est interdite aux sociétés à responsabilité limitée. La raison en serait :

Dans l'alinéa 4 de l'article 4 qui interdit à la société d'émettre, pour son propre compte, par souscription publique, des valeurs mobilières *quelconques* ;

Dans l'article 21, d'après lequel les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables ;

Dans l'article 37, § 3, qui punit les gérants qui ouvrent une souscription publique à des valeurs mobilières *quelconques* pour le compte de la société.

Remarque étant faite que cet alinéa 3 parle d'une souscription qui serait faite directement ou par personne interposée; or, ne serait-ce pas faire une émission publique par personnes interposées que de créer des titres négociables que la société n'émettra pas elle-même avec tous moyens de publicité interdite, mais que, dès le lendemain, ceux qui sont propriétaires de ces titres vont pouvoir négocier par le moyen de tractations publiques, et peut-être même boursières ou bancaires? <sup>1</sup>

Nous ne pensons pas que cette argumentation soit efficiente.

Il faut bien entendu supposer que la société émettrice ne procède par elle-même à aucune émission publique de ces obligations. On peut au contraire imaginer l'hypothèse suivante : la société a successivement emprunté en compte courant une somme totale de un million que dix personnes ont prêtée pour des fractions inégales. Toutes ces sommes sont exigibles immédiatement.

La société a le plus grand intérêt à transformer ce passif immédiatement exigible en un passif exigible à long terme.

Les prêteurs acceptent. Mais ils demandent à ce que leur créance soit matérialisée par des obligations négociables.

La société débitrice crée des titres de cette nature. Et elle les remet à

1. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, 276; Lépargneur, *J. Soc.* p. 400.

chacun de ses créanciers, par l'effet d'un contrat individuel, emportant novation quant à la dette primitivement contractée.

On ne peut voir là rien qui soit contraire à la loi dans une opération de cette sorte.

L'alinéa 4 de l'article 4 n'entre pas en jeu puisque si la société a émis des valeurs mobilières pour son propre compte, elle ne les a pas émises par le canal d'une souscription publique; or le texte entraîne une prohibition; il ne peut être interprété que restrictivement; et il faut admettre que la prohibition ne sera encourue que s'il y a, à la fois et concomitamment, émission de valeurs mobilières et souscription publique. L'un de ces deux éléments manque.

L'article 21 n'est pas applicable parce qu'il ne vise que les parts sociales, c'est-à-dire des droits d'associé; or les obligations sont des titres qui correspondent, non à un contrat de société, mais à un contrat de prêt.

L'article 33, § 3 n'est pas plus applicable que l'article 4, § 4 dont il n'est que la reproduction, remarque étant faite que ce texte étant un texte de droit pénal, son interprétation ne peut qu'être restrictive, et que les arguments qui font écarter l'application de l'article 4 s'imposent ici avec plus de force et plus de relief.

Reste donc seulement l'argument de l'émission par personne interposée.

Mais, quelque éminente que soit la personnalité des auteurs qui ont formulé cette argumentation, nous nous permettons de la contredire nettement, car, en pareil cas, il n'y a pas personne interposée. Agir par personne interposée, c'est tout autre chose. Agir par personne interposée, c'est faire ce que le code civil appelle une simulation, c'est faire réaliser par une personne capable un acte que le véritable bénéficiaire de l'acte est incompétent pour faire ouvertement. Un notaire agit par personne interposée lorsqu'il fait souscrire par une tierce personne qui, dans la réalité des choses, agit pour son compte et dont la personnalité s'absorbe dans la sienne, des actions d'une société dont il reçoit les actes.

Une société à responsabilité limitée émettrait des obligations par personne interposée si elle confiait le paquet total des obligations à un banquier, lequel ferait un simulacre de prise ferme, et émettrait ensuite dans le public ces mêmes obligations en faisant croire qu'il les émet pour son compte, les obligations ayant, du fait de cette prise ferme, l'apparence de ne plus être émises pour le compte de la société.

Ce que nous voulons bien préciser, c'est que, pour que, juridiquement, il y ait *personne interposée*, il faut qu'il y ait entre le véritable



auteur de l'acte et celui qui agit apparemment un acte occulte emportant une simulation.

Rien de pareil n'existe dans l'hypothèse que nous avons proposée.

Et il faut donc convenir qu'une société à responsabilité limitée peut fort bien émettre des obligations négociables pourvu que l'émission qu'elle en fera ne puisse, à aucun titre, être considérée comme publique.

Peu importe ce qui adviendra par la suite <sup>1</sup>.

1. Comp. en ce sens, Drouets, n° 277.

Cet auteur paraît du reste épouvanté de la hardiesse de la solution à laquelle une analyse pressée et inflexible des textes l'oblige à conclure.

## CHAPITRE V

### DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

80. **Droits et pouvoirs de la majorité.** — Nous avons vu, *suprà*, n° 3, que les sociétés à responsabilité limitée devaient s'analyser comme des sociétés de capitaux. Nous n'admettons pas la théorie facile qui consiste à dire : cette société est une société hybride, par cela seul que la société envisagée ne présente pas tous les caractères d'une société de capitaux aussi nettement accusés que les choses se retrouvent dans le prototype de ces sociétés, c'est-à-dire dans la société anonyme. Nous pensons qu'il en est des sociétés comme des ressortissants d'un pays : le Français du midi diffère du Français du nord; quand l'un parle patois, son langage s'apparente au langage d'un étranger voisin. Ils sont cependant tous Français. Il en est de même des sociétés. Certaines sociétés de capitaux peuvent, à raison de diverses modalités, légales ou contractuelles, s'écarter du type absolu, du type pur, pour prendre certaines caractéristiques du type voisin. Elles demeurent cependant les ressortissantes du type auquel les attachent leurs caractéristiques essentielles.

Et c'est ainsi qu'on doit proclamer que la société à responsabilité limitée est une société de capitaux, parce que sa solvabilité réside exclusivement dans le montant des apports à elle faits par ses associés, — parce que les droits acquis par chacun des associés qui contribuent à la formation de ce capital sont divisés en fractions aliquotes du capital, — enfin, parce que les actes sociaux se réalisent par l'organe d'un mandataire général personnellement irresponsable, et parce que la volonté de l'être moral se manifeste au moyen d'assemblées générales où la puissance de vote de chaque associé se détermine d'après une puissance capitaliste qui n'est strictement et obligatoirement dévolue aux associés que d'après le montant des apports qu'ils ont eux-mêmes effectués, indépendamment de toutes considérations de personnes.

Nous sommes ainsi amenés à étudier la société à responsabilité limitée dans son organe de volonté.

Cet organe de volonté ressemble aux assemblées générales des sociétés

anonymes, au point souvent de s'identifier avec elles; il en est ainsi lorsque les associés sont en nombre supérieur à vingt.

Il faut assurément mettre à part l'hypothèse, — fréquente dans la pratique, — où le nombre des associés est inférieur à vingt. Dans ce cas, le législateur de 1925 a permis de grandes facilités : les assemblées générales peuvent se tenir par correspondance. Le gérant envoie un questionnaire à chacun des associés; ceux-ci répondent oui ou non, le gérant collecte les réponses dont l'ensemble constitue le vote émis par l'assemblée.

Mais cette procédure en sourdine ne change rien à la nature intrinsèque de l'opération : une messe basse dite dans une petite chapelle obscure correspond exactement au même sacrement que la grand'messe chantée à pleine voix dans le chœur illuminé d'une cathédrale, sous la puissance des orgues et les sonneries des cloches.

Quelles qu'en soient la forme et la procédure, la consultation des associés demeure une assemblée générale, c'est-à-dire une manifestation de la volonté de l'Etre moral.

Les sociétés sont des êtres moraux; elles le sont grâce à un bienfait de la loi (article 529 du Code civil). Elles acquièrent la personnalité morale par la seule volonté des parties, et par cela seul que la volonté des parties fut de créer un patrimoine social distinct du patrimoine individuel de chacun des associés <sup>1</sup>.

L'Etre moral, dans la conception que nous nous en sommes faite, est identique à un être physique, à cette différence près que la loi n'a pu le doter d'un cerveau pour penser et de mains pour agir. Le législateur y supplée en créant des organes composés de personnalités physiques, qui, par leur individualité ou par leur masse collective, feront fonctions de cerveau ou de mains. Ce seront des organes de volonté ou des organes d'action.

L'organe d'action d'une société à responsabilité limitée, c'est son gérant.

1. Albert Wahl, *Droit commercial*, 491; Hémard, *Précis de droit civil*, 179.

Il est curieux de rapprocher cette théorie de celle du quatrième concile de Latran, lequel affirma que, dans tout mariage chrétien, le Sacrement ne résulte pas de telle ou telle formalité, mais de la volonté de l'Epoux s'unissant à la volonté de l'Epouse.

Nous ne mentionnerons ici que pour mémoire les répugnances manifestées par certains auteurs contre cette idée de la personne morale; idée qu'ils estiment trop simple pour être juste. Mais ces mêmes auteurs en reviennent à une notion analogue en ne reconnaissant que l'existence de biens collectifs, à l'état de masses distinctes, soustraites au régime de la propriété individuelle. La notion du patrimoine vivant se confond pratiquement avec celle de la société personne morale (Comp. Barthélemy, *Droit administratif*, p. 28; Planiol, *Droit civil*, I, 1967.



L'organe de volonté d'une société à responsabilité limitée, c'est son assemblée générale.

En principe, l'Etre moral peut vouloir tout ce que peut vouloir un être physique. L'Assemblée générale, organe de volonté, peut donc décider tout ce qu'un commerçant ordinaire pourrait lui-même décider.

La loi de 1925 a cependant, en son article 31, apporté à la puissance de volonté de toute assemblée générale une restriction, presque exactement calquée sur celle déjà ordonnée par la loi du 22 novembre 1913 pour les sociétés anonymes. La loi du 1<sup>er</sup> mai 1930 a confirmé sur ce point la loi de 1913. Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société; en aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale.

Ce texte est légèrement différent de celui des lois de 1913 et de 1930 propres aux sociétés anonymes; le texte législatif propre à ces dernières interdit d'augmenter les engagements des actionnaires.

Cette différence dans le texte, très probablement d'origine allemande, doit correspondre à une différence dans l'étendue de la prohibition, ou, à tout le moins, à une nuance.

Augmenter les engagements des actionnaires, c'est, en principe, augmenter les engagements pécuniaires par eux pris du fait de leur souscription. Mais ce peut être aussi la destruction de certains des droits essentiels acquis par les actionnaires, comme ce peut être encore l'intrusion, dans le domaine de ces droits, d'un ravage comparable à une destruction. C'est ainsi que la jurisprudence considère généralement qu'il y a augmentation des charges (et, par conséquent, acte contraire à la loi de 1913) dans le fait, par une assemblée générale, de soumettre la négociation des actions, originellement librement cessibles, à une réglementation qui fait dépendre de la volonté du Conseil d'administration le droit pour un actionnaire de négocier ses actions et d'en toucher le prix <sup>1</sup>.

Le texte législatif, en matière de sociétés à responsabilité limitée, est plus étroit; il ne défend à une majorité que de voter une résolution obligeant un associé à augmenter sa part sociale.

Autrement dit, ce texte n'interdit que le vote d'une résolution imposant aux associés un versement complémentaire pour conserver les droits sociaux par eux acquis du fait de leur souscription originaire.

1. Comp. Req. 2 janvier 1924, D. P. 1927.1.161; Trib. civ. Seine, 21 janvier 1925, D. P. 1926.2.106; Amiens, 12 juillet 1929, D. H. 1929.498; Trib. comm. Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929, D. H. 1929.580.

Une assemblée ne peut pas dire : Nous transformons les parts de cent francs en part de deux cents francs; les associés qui verseront les cent francs complémentaires que nous exigeons conserveront leur part; ceux qui ne verseront pas ces cent francs complémentaires perdront tout.

L'article 31 ne vise que ces deux restrictions : changement de nationalité, augmentation de la part sociale.

C'est ainsi que l'on doit, suivant nous, reconnaître comme entièrement licite une augmentation de capital réalisée par incorporation au capital de réserves dûment inscrites au bilan. Ces réserves provenaient de bénéfices antérieurs, lesquels auraient pu faire l'objet d'une distribution entre les associés. En les portant à la réserve, les associés ne perdaient pas tout espoir de pouvoir, un jour, s'en partager le montant, en cours même de la vie sociale. En les incorporant au capital social, les associés perdent cette espérance possible. Mais ils acquièrent des parts nouvelles sans avoir à effectuer aucun versement supplémentaire. La loi paraît pleinement respectée<sup>1</sup>. Il n'y a pas augmentation de la part sociale par l'effet d'un versement appauvrissant le patrimoine individuel et privant ce patrimoine individuel d'un bien ou d'une valeur qui y était déjà.

Il n'en est pas moins vrai qu'il y a d'autres résolutions qui échappent à la compétence d'une assemblée générale. Ce sont toutes celles qui tendraient, fût-ce par voie indirecte, à rompre l'égalité qui doit toujours exister entre les associés, au prorata de leurs apports sociaux. Une assemblée générale ne pourrait, après coup, et à raison de certains mécomptes d'exploitation, décider qu'une réduction de capital portera exclusivement sur certaines parts, originairement attribuées en rémunération d'apports en nature.

Une assemblée générale d'associés ne peut non plus voter quelque résolution que ce soit dont le résultat serait d'aboutir indirectement à un des deux obstacles que la loi considère comme insurmontables, changement de nationalité, augmentation de la part sociale.

Il y aurait atteinte indirecte au principe de l'immutabilité de la nationalité propre à la société si la majeure partie de l'actif était vendue à une société étrangère, de telle sorte que l'avoir social se trouverait transformé en un poste de portefeuille uniquement composé des actions ou des parts émises par cette société étrangère. Il y aurait alors plus qu'un simple changement d'objet. Et ce changement, apporté dans la

1. En ce sens Pic et Baratin, 336.

nationalité des droits sociaux attribués aux associés originellement affiliés à une société française se trouverait d'autant plus nettement caractérisé si, par l'effet d'une opération sociale ultérieure, il intervenait entre les associés la distribution des actions ou parts émises par la société étrangère <sup>1</sup>.

Un changement de nationalité résultera implicitement du changement du siège social, car c'est d'après le siège social que se détermine la nationalité d'une société.

Changer un siège social établi à Paris, et le transférer à Genève, c'est faire perdre à la société son caractère de société française.

On s'est alors demandé si l'interdiction que porte la loi quant à tout changement de nationalité devait s'étendre à une opération sociale ayant pour résultat de transférer le siège social d'une société de capitaux de Paris dans une colonie française, ou dans un pays soumis au protectorat français, si ce pays a adopté la législation française. A ces colonies ou pays de protectorat devraient être assimilés les pays sous mandat, et les pays de capitulations, comme la Perse, les concessions françaises en Chine, ou le Siam <sup>2</sup>. Certains auteurs <sup>3</sup> estiment qu'un aussi notable changement dans les conditions de la vie sociale demeure possible, par ce seul motif que ces pays coloniaux ont adopté la législation française, de telle sorte que la société qui a son siège à Conakry ou à Nouméa est toujours une société française. Donc, le transfert du siège social en ces lointains pays ne change pas la nationalité de la Société. Donc le transfert n'est pas interdit par la loi.

Il n'en est pas moins vrai qu'un semblable changement apporte une modification profonde dans l'exercice de droits essentiels conférés en rémunération d'un apport et d'une souscription. Les prévisions originaires que pouvaient légitimement avoir les parties se trouvent transformées de fond en comble.

La loi de 1925 ne parle pas des changements ayant pour résultat d'augmenter les charges originellement acceptées par les associés, comme le dit la loi du 1<sup>er</sup> mai 1930; elle ne parle que des changements forçant les associés à augmenter leur part sociale; la loi de 1925 ne prévoit donc que des changements d'un ordre strictement pécuniaire. Elle ne paraît pas prévoir les changements apportant seulement une sur-

1. Comp. Lyon, 15 janvier 1907, *J. Soc.* 1908.21; Trib. comm. Seine, 20 janvier 1923, *J. Soc.* 1926.562.

Comp. Copper Royer, III, 683.

2. Comp. Copper Royer, II, 565 bis.

3. Notamment, M. Pic, *Sociétés Commerciales*, III, n° 1359; Pic et Baratin, 334.

charge imprévue dans l'exercice normal des droits acquis par les associés, tel que cet exercice devait légitimement se prévoir lors de la réunion des premiers consentements.

Il ne paraît guère douteux cependant que la majorité des associés commettrait un tel abus de droit en transférant dans des terres lointaines un siège social originairement fixé en France que les tribunaux qui seraient appelés à trancher une telle question seraient toujours tentés d'appliquer à la résolution peut-être adoptée avec un esprit de dol ou de fraude par la majorité des associés les sanctions qu'ils n'ont jamais refusées en cas d'abus de droit caractérisé.

*Malitiis non est indulgendum.*

Les contrats doivent être interprétés de bonne foi.

Une assemblée générale ne peut pas non plus voter une mesure qui aurait indirectement pour effet d'obliger les associés à augmenter le montant de leurs parts sociales en les contraignant à un versement, ou à une prestation, pour conserver l'intégralité des droits qu'ils ont, du fait de leur souscription, acquis sur un pied de parfaite égalité. De semblables mesures peuvent résulter de transformations ou de fusions, lorsque ces opérations sociales sont réalisées sous certaines modalités astucieuses. Une opération qui consisterait à louer le fonds de commerce et tous ses accessoires, matériel et marchandises compris, pour une durée longue et contre un loyer modeste, à une tierce société qui se fonde avec des capitaux nouveaux, peut subir les critiques dont nous parlons si elle s'effectue dans certaines circonstances de fait, et spécialement si le droit de souscrire les actions ou les parts de la nouvelle société est exclusivement réservé aux associés de la société apporteuse, ou bailleusesse.

De telle sorte que tout le profit de l'entreprise sociale reviendrait aux seuls associés ayant fait l'effort pécuniaire nouveau ayant abouti à la création de la société locataire.

Il est incontestable que nous sortons ici du domaine propre à la loi de 1925 pour entrer dans le domaine de l'abus du droit.

C'est un domaine plus vaste. Mais c'est aussi un domaine très mal délimité.

Nous nous contenterons d'indiquer ici que, à notre pensée, l'abus du droit, en matière civile ou en matière commerciale, doit être nettement apparenté à l'abus, ou au détournement de pouvoir, tels que les a précisés une doctrine administrative déjà bien ancienne.

L'abus du droit ne peut consister que dans une violation des éléments essentiels du consentement donné originairement par chaque associé



à toutes les clauses du pacte social, et notamment à la clause d'après laquelle la minorité déclarait par avance s'incliner devant les décisions que prendrait une majorité.

Telle est la clause contractuelle. Elle s'impose aux parties (article 1134, § 1). Mais elle doit être exécutée de bonne foi (même article, alinéa 3).

Ce qui revient à dire que le consentement initial donné par chaque associé ne peut avoir été réputé donné que sous la condition implicite que la majorité ne prendrait jamais de résolutions qui ne pourraient se recommander d'aucune idée légitime, ni d'aucune notion de bonne foi. Une volonté d'associés majoritaires cessera donc d'être légitime, ou d'être formulée de bonne foi, quand elle ne peut avoir de raison d'être que dans le désir d'attribuer à certains associés un profit ou un avantage que ne recueillent pas les autres associés, soit par privation directe, soit par risque délibérément couru.

Il en est de même des pouvoirs conférés au gérant. Le gérant est mis en possession de toutes les valeurs sociales. Mais il est évident qu'il ne peut se servir de ces valeurs sociales que dans un but social et en faisant complètement abstraction de ses intérêts individuels et de sa personnalité propre.

Nous ne pouvons assurément donner ici que des indications très générales, des principes essentiels, et c'est d'après ces principes que devra être donnée une solution à des questions de fait qui peuvent se présenter sous les aspects les plus variés.

**81. Conditions de forme.** — En toutes assemblées générales, il convient de distinguer les conditions de forme et les conditions de fond.

Les conditions de forme sont celles qui se rapportent à la convocation des réunions, à la fixation de leur ordre du jour, à la tenue des assemblées, à la manifestation des volontés sociales, aux procès-verbaux destinés à conserver le souvenir précis de ces volontés, enfin, dans certains cas, à la publication qui doit être faite des résolutions prises par les associés réunis en assemblées générales.

Les conditions de fond sont celles que pose le législateur pour la validité des réunions, ou pour la validité des résolutions mises aux voix.

Les conditions de forme varient essentiellement suivant que la société à responsabilité limitée comporte, ou non, plus de vingt membres.

Pour la facilité du langage, nous pensons que l'on peut dénommer les premières, les grosses sociétés, et les secondes, les sociétés minimales.

Le législateur prévoit deux différences primordiales.

Dans les sociétés *minimes*, il n'est pas absolument indispensable de tenir l'assemblée générale ordinaire annuelle par laquelle le gérant rend compte des actes par lui faits au cours de l'exercice écoulé en exécution de son mandat (article 29, § 1).

Dans les sociétés *minimes*, il n'est pas indispensable de réunir les associés en une assemblée où pourra se produire soit le choc des idées individuelles, soit la persuasion d'une contradiction adroitement formulée. La consultation des associés peut se produire par correspondance, chaque associé recevant le texte des résolutions ou des décisions à prendre, expressément formulées, et émettant un vote par écrit (article 26, § 2).

Il ne faut du reste jamais perdre de vue que le législateur est demeuré extrêmement sobre d'indications en ce qui concerne les assemblées générales. Presque tout, en cette matière, demeure d'ordre contractuel. L'usage fait que les parties règlent, par les statuts sociaux, ce qui doit se passer dans les assemblées au cours desquelles les associés sont appelés à manifester une opinion.

Nous passerons donc en revue les diverses opérations ou les diverses modalités que l'usage, plus souvent que la loi elle-même, établit en cette matière des assemblées générales, en suivant la distinction que le législateur de 1925 a, non sans hardiesse, établie entre les grosses sociétés et les sociétés *minimes*.

#### a) SOCIÉTÉS COMPORTANT PLUS DE VINGT MEMBRES

Dans les sociétés à responsabilité limitée comportant plus de vingt membres, la tenue de véritables assemblées générales est obligatoire. Si, donc, une société à responsabilité limitée a commencé petitement, avec un faible nombre d'associés, et si, ne prenant garde qu'à ce petit nombre d'associés, les rédacteurs des statuts ont réglementé en conséquence les modalités propres aux assemblées générales, le seul fait que, plus tard, le nombre des associés augmente de telle sorte que les associés se trouvent être plus de vingt, entraîne, pour les associés, l'obligation de modifier leurs statuts primitifs.

Les assemblées qui se tiendraient suivant les modalités statutaires pourraient être arguées de nullité.

La responsabilité du gérant serait certainement engagée pour n'avoir pas veillé à ce changement rendu nécessaire par les événements sociaux eux-mêmes <sup>1</sup>.

1. En ce sens, Pic et Baratin, 337.

Toute assemblée générale doit faire l'objet d'une convocation régulière.

C'est le gérant qui, en principe, doit prendre l'initiative de cette convocation (article 29, § 2). C'est donc lui qui doit en fixer toutes les conditions, et notamment l'ordre du jour. C'est lui qui en fixera la date et le lieu de réunion. Cependant il ne pourrait pas fixer un lieu de réunion situé en dehors de la ville où est établi le siège social.

Le siège social comporte une indication précise de volonté contractuelle. En établissant le siège social en un lieu déterminé, les associés ont très nettement manifesté la volonté de voir s'effectuer, à ce siège social même, toutes les opérations de la vie sociale. En nommant un gérant et en le chargeant de réglementer, pour le compte de tous, ces opérations dans toutes leurs modalités, les parties ne peuvent pas être présumées avoir donné audit gérant des pouvoirs excédant ce qui a été dit aux statuts, ou ce qui doit être clairement présumé du texte de ces statuts.

S'il résulte des circonstances, des nécessités du service, de l'exiguïté de certains locaux, que l'assemblée se tiendra plus commodément en un de ces locaux appropriés et spécialisés que l'on trouve à louer en certaines villes, il est admis que l'assemblée peut alors s'y tenir valablement. Mais il faut toujours que le lieu de la réunion soit bien dans la ville même du siège social.

S'il y a plusieurs gérants, la convocation doit, en principe, être leur œuvre collective. Il faut qu'ils soient d'accord. Cependant, cette nécessité d'un accord demeure d'ordre interne. En cas de pluralité de gérants, la règle est celle de l'article 1857 du Code civil, lequel est ainsi conçu : *Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration.*

Par conséquent, s'il y a plusieurs gérants, il faut surtout remonter au texte des statuts; si ces statuts précisent qu'aucun des gérants ne pourra agir que de concert avec l'autre gérant, la convocation que ferait un seul des gérants sera nulle, et l'assemblée qui se tiendrait sur cette convocation viciée sera elle-même inopposable à tous associés autres que ceux qui y auraient participé en pleine connaissance de cause.

Si les statuts ne contiennent pas une précision de cette nature, la convocation que lancera un seul des gérants sera valable, alors même que les autres gérants seraient opposés à cette mesure.

Ce que nous disons de la convocation elle-même s'applique à tous les éléments de cette convocation, notamment aux éléments de l'ordre du jour et à leur libellé exact.

Ce sont les gérants qui doivent, en principe, faire les convocations. Cependant, d'autres que les gérants peuvent prendre cette initiative. Ce seront d'abord les membres du Conseil de surveillance, s'il en existe un (Voir *infra*, n° 92).

Les membres du Conseil de surveillance ont, à toute époque, le droit de convoquer les associés et de leur demander de statuer sur tels points déterminés.

Peuvent-ils le faire spontanément?

On admet généralement que non <sup>1</sup>, et ce à raison des termes de l'article 29, § 2, lesquels ne prévoient une convocation faite par le Conseil de surveillance que à défaut par le gérant d'y avoir procédé.

Par conséquent, lorsque les membres du Conseil de surveillance auront, pour une cause quelconque, pris la décision, toujours assez grave, de convoquer l'assemblée générale des associés, ce ne peut être qu'après avoir requis le, ou les gérants, de le faire <sup>2</sup>.

Mais nous ne pensons pas qu'il soit strictement indispensable que l'abstention des gérants soit constatée par une mise en demeure résultant d'une sommation par huissier ou d'une lettre recommandée.

Le Conseil de surveillance fera toujours œuvre sage et prudente en pratiquant une mise en demeure; mais nous pensons que la convocation qu'il lancerait directement serait quand même valable, alors même que le Conseil ne pourrait justifier d'aucune mise en demeure à l'encontre des gérants, si les circonstances de fait suffisent à démontrer le manque d'initiative des gérants, et la faute par eux commise en ne procédant pas d'eux-mêmes à la convocation de l'Assemblée.

L'article 29, § 2 n'exige qu'une chose, c'est que le Conseil de surveillance agisse, à défaut par le gérant d'agir lui-même. Ce sont souvent les circonstances qui justifieront de ce défaut d'action directe.

Enfin, l'article 29, § 2, par une louable innovation, accorde le droit de convoquer l'assemblée générale des associés à un groupement d'associés représentant plus de la moitié du capital social.

Il ne faut pas attacher une importance excessive au pluriel employé par le législateur; si un associé possédait, à lui seul, la moitié des parts divisant le capital social, il aurait individuellement le droit de convocation que formule l'article 29, § 2 <sup>3</sup>.

Remarque étant faite que c'est au capital qu'il faut s'attacher et non pas au nombre des parts; il peut avoir été créé des parts de valeur iné-

1. Lépargneur, n° 30.

2. Pic et Baratin, n° 339.

3. Lépargneur, n° 30.



gale, par exemple des parts de 100 francs et des parts de 1.000 francs. C'est bien le capital que représentent les parts groupées qui servira de critérium.

Il est naturel qu'il en soit ainsi dans une société de capitaux.

Il résulte des termes de l'article 29 que ce groupement d'associés posséderait un droit direct de convocation, sous la seule réserve de justifier d'une carence du gérant, suivie elle-même d'une carence des membres du Conseil de surveillance.

Cette carence devra être clairement précisée, et il sera presque toujours indispensable de la démontrer par le moyen d'un acte extrajudiciaire fixant les éléments de discussion que les associés requérants entendent voir entamer.

Dans certains cas exceptionnels (décès, départ inopiné), l'incurie de ceux qui devraient normalement faire la convocation se démontrera d'elle-même.

La convocation lancée par le groupement d'associés peut être faite directement par ce groupement. Mais ledit groupement ne peut être que la réunion de certaines personnalités individuelles ayant à justifier de leur capacité, eu égard au capital social. La convocation devra donc être signée de chacun d'eux.

Il sera souvent plus pratique, pour un semblable groupement, de s'adresser, par voie de référé, au Président du tribunal de commerce et de demander à ce dernier la désignation d'un administrateur judiciaire qui sera chargé d'effectuer la convocation et de tenir l'assemblée.

Il ressort, des termes généraux employés par le législateur, que le droit de convocation accordé au Conseil de surveillance ou à un groupement d'associés est absolu. Ce droit porte aussi bien lorsque l'assemblée à réunir sera une assemblée dite ordinaire que lorsque cette assemblée sera de celles que règle l'article 31 et que l'usage est de qualifier d'extraordinaire.

Il n'en est généralement pas ainsi dans les sociétés anonymes.

Mais cette solution apparaît au contraire comme toute naturelle dans une société à responsabilité limitée, où un changement de gérant ne peut être que l'œuvre d'une assemblée extraordinaire.

Or, c'est très souvent à une révocation de gérant, ou à une modification dans la gérance qu'aboutira une assemblée convoquée par un groupement d'associés agissant contrairement à la volonté du gérant.

La convocation peut-elle encore être due à l'initiative d'un groupement d'associés ne réunissant pas la moitié du capital social?

Oui, si les statuts l'autorisent ou si les circonstances l'exigent.

Les statuts peuvent donner à un groupement de moindre importance que celui visé par l'article 29 un droit identique de convocation. En pareil cas, tout ce que dit l'article 29 pour un groupement de moitié du capital deviendra vrai pour un groupement plus faible.

Les circonstances peuvent aussi devenir suffisamment graves pour que n'importe quel associé soit en droit de requérir la convocation des associés, lesquels auront à délibérer sur des mesures graves et urgentes. Seulement, ces circonstances, quelles qu'elles soient, ne donnent pas à l'associé isolé le droit d'agir directement, ni même de se faire juge de la nécessité d'une convocation. Il ne peut que s'adresser aux tribunaux, lesquels seront souverains appréciateurs ou de la faute commise par le gérant qui se refuse à convoquer les associés, ou des circonstances qui empêchent le gérant de procéder à cette convocation.

On peut supposer, par exemple, que le gérant a, pour un délit quelconque, été arrêté. Il n'y a pas de Conseil de surveillance. La Société n'est pas sans représentant légal, elle en a un, mais elle en a un qui est en prison. N'importe quel associé pourra, dans de semblables circonstances de fait, demander au Président du tribunal de commerce, statuant en référé, la nomination d'un administrateur judiciaire qui aura pour mission de convoquer l'assemblée générale des associés pour discuter la question de savoir s'il convient de nommer un nouveau gérant.

On peut encore imaginer une autre hypothèse : la Société a un objet social comportant diverses opérations bancaires. Il se trouve que les associés ont désigné comme gérant un failli non réhabilité ou une personne ayant subi une condamnation visée dans la loi du 19 juin 1930. Cette cause d'incompatibilité avait été cachée aux associés. L'un d'eux vient à l'apprendre. Il requiert la convocation d'une assemblée générale ayant pour ordre du jour la révocation du gérant. Ce dernier se refuse à convoquer. Quelque faible que soit l'importance de son droit social, l'associé peut s'adresser aux Tribunaux et requérir la nomination d'un administrateur judiciaire chargé de convoquer, sur ce juste motif, l'assemblée générale des associés.

Enfin, l'article 32 de la loi de 1925 fournit un exemple où la réunion nécessaire d'une assemblée générale apparaît comme flagrante : une société à responsabilité limitée comportant plus de vingt membres doit avoir un Conseil de surveillance. C'est une condition mise par la loi à sa validité. Supposons une société qui se constitue originairement avec moins de vingt membres. Ses statuts, conçus sous une forme simpliste, n'imposent aucun Conseil de surveillance. Les associés n'en

nomment pas. Puis, au cours des événements, le nombre des associés s'accroît. Il dépasse le chiffre de vingt. Alors, impérativement, la Société doit être dotée d'un Conseil de surveillance. Les statuts ont à être modifiés. Le gérant, par l'effet d'une faute notoire, n'agit pas. La Société est en danger. Une instance en liquidation anticipée peut être formée. N'importe quel associé, quelque minime que soit son droit social peut requérir la réunion d'une assemblée appelée à faire le nécessaire. Car ce nécessaire est imposé par la loi.

La forme de la convocation n'est pas expressément déterminée par la loi, mais l'article 27 laisse nettement supposer que c'est par lettres recommandées que les associés devront être nominativement convoqués.

Il est absolument normal qu'il en soit ainsi dans une société où tous les droits sociaux sont strictement nominatifs. Le système des convocations par insertion dans un journal d'annonces légales est un système vétuste, que l'existence de titres au porteur, seule, justifie, mais que le développement des affaires, la multiplicité des journaux, et, dans le département de la Seine, une déplorable complaisance, ont rendu totalement inefficace.

Ce sont les statuts qui doivent déterminer la forme des convocations. Mais, nous le répétons, il serait presque ridicule que ces statuts ordonnent une insertion dans un journal d'annonces légales pour de telles convocations, lesquelles ne peuvent être qu'individuelles. On serait même en droit de se demander si, alors même que, contre tout bon sens, les statuts ne prévoieraient qu'une convocation par insertion dans un journal, le gérant ne serait pas, quand même, tenu de prévenir chaque associé par lettre individuelle.

Une même obligation pèse certainement sur celui qui, à défaut du gérant convoquerait exceptionnellement l'assemblée, par exemple sur l'administrateur provisoire nommé au cours d'un référé commercial. Ce dernier devra donc en premier lieu s'enquérir du nom et de l'adresse de chacun des associés; ces renseignements lui seront donnés par les livres sociaux, ou, s'il ne peut se les procurer, par les documents déposés dans les greffes. Un défaut partiel de convocation individuelle résultant d'une insuffisance de documentation mise à la disposition de ce mandataire de justice ne peut ni engager sa responsabilité personnelle, ni même vicier l'assemblée, parce que la convocation ne doit être adressée qu'aux associés qu'il est possible de connaître. Ceux qui, nouveaux venus dans la Société, n'auront pas veillé à ce que les formalités néces-



saies soient dûment accomplies à leur endroit, ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes quant au défaut de convocation dont ils auraient à souffrir. Tout au plus auraient-ils un recours en indemnité contre le gérant qui n'aurait pas ponctuellement effectué ces formalités.

L'article 27 de la loi de 1925 prévoit une hypothèse, celle d'une de ces assemblées que, dans la pratique courante, on dénomme assemblées ordinaires; cette assemblée doit réunir un *quorum* de moitié du capital social; l'article 27 prévoit le cas où ce *quorum* ne serait pas atteint. Alors, les associés doivent être convoqués une deuxième fois par lettres recommandées.

L'article 27 ajoute, il est vrai, un membre de phrase qui est introduit d'une manière assez ambiguë en disant *sauf stipulation contraire des statuts*. Mais nous croyons que ce membre de phrase ne peut se rapporter qu'au seul *quorum* de cette assemblée seconde, le législateur déclarant que cette assemblée seconde délibérera valablement, quelle que soit la fraction du capital représenté, mais reconnaissant, par le membre de phrase que nous signalons, que les statuts pourraient ordonner la réunion d'un certain *quorum* pour que cette assemblée seconde puisse délibérer valablement.

L'avis de convocation résultera donc presque universellement d'une lettre missive et individuelle, lettre qu'il conviendra de recommander si celui qui fait la convocation a quelque crainte quant à sa réception par le destinataire. De toute façon, cet avis de convocation doit être signé par celui, ou ceux qui veulent réunir l'assemblée; il doit relater tous les éléments de l'ordre du jour sur lequel les associés seront appelés à délibérer; il doit préciser le jour, l'heure et le lieu de la réunion.

Une irrégularité, ou une insuffisance notoire dans le libellé de la convocation, n'entraîne aucune nullité intrinsèque, mais crée une inopposabilité. L'associé qui n'est pas prévenu du jour de la réunion peut soutenir que les résolutions prises par une assemblée à laquelle il n'a pas été pratiquement mis à même d'assister ne lui sont pas opposables.

Le principe de l'égalité qui doit toujours exister entre les associés fait qu'une opération sociale qui est inopposable à l'un des associés doit être réputée inopposable à tous les autres, ce qui est implicitement reconnaître sa nullité.

Une insuffisance dans la fixation des éléments de l'ordre du jour aurait encore pour conséquence la nullité possible de certaines des procurations données en vue de l'assemblée, ces procurations pouvant n'avoir pas été données en connaissance de cause.

L'avis de convocation doit encore observer certains délais.



Comme pour les sociétés anonymes, la loi ne précise de délai que pour l'assemblée générale ordinaire annuelle, assemblée obligatoire au cours de laquelle les associés ont à connaître des comptes de l'exercice écoulé et des opérations qui ont donné naissance à ces comptes.

La convocation faite en vue de cette assemblée annuelle doit être lancée seize jours francs au moins avant la date fixée pour la réunion, puisque l'article 30, § 2 dit que, dans les quinze jours qui précéderont l'assemblée, tout associé peut prendre communication de l'inventaire du bilan ainsi que du rapport dressé par le Conseil de surveillance.

Ce délai de quinze jours est généralement considéré comme formel, et comme demeurant en dehors de la libre volonté des parties: il est donc d'ordre public, en ce sens au moins que les statuts ne peuvent pas dire que les convocations faites en vue de l'assemblée annuelle seront lancées cinq jours francs à l'avance et que les associés n'auront que ce délai de cinq jours pour connaître et examiner les comptes.

Mais les associés peuvent décider d'eux-mêmes que le délai légal n'aura pas à être observé, et l'assemblée ordinaire annuelle exceptionnellement réunie à moins de quinze jours de préavis demeurera valable à l'égard de tous ceux des associés qui y auront assisté et qui auront expressément renoncé au délai de quinzaine que la loi ne prescrit que suivant une notion de protection à laquelle un intéressé, majeur et capable, peut renoncer, si la renonciation est faite en connaissance de cause<sup>1</sup>. Par contre, cette assemblée demeurera inopposable aux associés absents ou dissidents.

En pratique, une semblable renonciation ne peut donc être consentie qu'à l'unanimité.

Sans doute, les statuts ne peuvent pas heurter de front les prescriptions légales, parce que ces prescriptions procèdent d'une notion de protection à laquelle les intéressés ne peuvent, en aveugles, renoncer par avance et pour toujours. Mais un intéressé majeur et capable de contracter peut, en présence d'un cas concret et précis, renoncer à une protection qu'il considère, en connaissance de cause, comme superflue.

Il est évident que la notion d'ordre public attachée à une disposition de cette nature s'estompe dans le brouillard.

Toute assemblée autre que l'assemblée générale ordinaire annuelle

1. Comp. cependant, pour analogie, l'arrêt rendu le 18 octobre 1923, par le Tribunal régional de Strasbourg, *Rec. Jurid. des Sociétés*, mars 1924; mais la doctrine de cet arrêt nous paraît entièrement erronée.

Comp. dans le sens que nous préconisons, Albert Wahl, note au *J. Soc.* 1911, p. 250; Vavasseur, n° 807; Houpin, n° 833.

est une assemblée réunie extraordinairement, qu'elle soit à *quorum* de moitié ou qu'elle soit à *quorum* des trois quarts.

Les statuts ont toute liberté pour déterminer le délai qui devra être observé dans les convocations.

Si les statuts ne prévoyaient pas de délai, le gérant, ou telle autre personne faisant la convocation, devrait avoir soin de prévoir un délai suffisant pour que chaque associé puisse venir à l'assemblée ou s'y faire représenter. Cette absence de précision dans le texte statutaire aurait cette conséquence assez singulière de faire dépendre le délai raisonnable d'une convocation du domicile plus ou moins éloigné du siège social qu'auraient un ou plusieurs associés.

Les parties ont donc le plus grand intérêt à fixer dans les statuts eux-mêmes les délais minima pour une convocation.

Ce délai statutaire étant un délai contractuel, les associés sont manifestement libres d'y renoncer. De telle sorte que l'assemblée extraordinaire tenue sur un délai moindre que le délai statutairement fixé demeurera opposable à tous les associés qui y auront assisté, par eux-mêmes ou par un fondé de pouvoirs<sup>1</sup>. C'est dire qu'une assemblée générale qui réunit l'unanimité des associés, par eux-mêmes ou par fondés de pouvoir, peut délibérer sans aucune question de convocation ou de délai.

L'avis de convocation doit être envoyé à tous les associés. Aux termes de l'article 28, tout associé peut prendre part aux décisions, nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, chaque associé ayant un nombre de voix égal au nombre de parts sociales qu'il possède.

Nous avons indiqué, *suprà*, n° 56, les formalités de publicité destinées à assurer la pleine connaissance des cessions de parts qui peuvent se produire, et qui font entrer dans le cercle fermé des associés un tiers, jusqu'alors étranger à la Société.

Toute personne susceptible de convoquer l'assemblée peut donc ainsi retrouver dans les documents sociaux la liste exacte des personnes qu'il convient de convoquer.

Si une part sociale est possédée en nu-propriété par une personne et en usufruit par une autre, c'est, croyons-nous, l'usufruitier qui doit être convoqué et admis à participer à la réunion, car le droit d'assister à une

1. Comp. notamment Bordeaux, 25 janvier 1888, *J. Soc.* 89.87; Trib. comm. Seine, 16 novembre 1891, *J. Soc.* 94.45; Trib. comm. Seine, 2 novembre 1901, *J. Soc.* 1902.465; Rennes, 14 avril 1904, *J. Soc.* 1907.321.

Comp. également, Percerou, *J. Soc.* 1908. 246; Wahl, *J. Soc.* 1911, p. 197 et p. 250.

Comp. cependant, Paris, 28 décembre 1899, *J. Soc.* 1900.255; Paris, 9 mai 1913, *J. Soc.* 1914.208.

assemblée n'est en réalité que le droit de détacher un des fruits de la chose possédée (Comp. *suprà*, n<sup>o</sup> 47).

Si tous les associés doivent être convoqués, les associés seuls doivent être convoqués.

Si la société comportait un certain personnel, administratif ou technique, et si divers membres de ce personnel assistaient à une assemblée sans être porteurs de parts sociales, l'assemblée ne serait pas, pour cela, entachée de nullité, mais les non associés ne devraient pas prendre part aux votes. Leur présence à l'assemblée n'est excusable que s'ils y assistent à titre purement consultatif.

Il en est de même du gérant, si ce dernier a été choisi en dehors des associés. Ce gérant non associé doit naturellement assister aux assemblées. Il peut même les présider. Il peut très certainement prendre part aux délibérations, ne serait-ce que pour fournir aux associés tous les renseignements qui leur sont utiles pour se prononcer en connaissance de cause. Mais il ne doit pas voter.

Le vote s'analysant d'ailleurs d'après le nombre de parts que possède chaque préopinant, le vote que viendrait à émettre un gérant non porteur de parts ne pourrait jamais être que platonique.

Ce qu'il convient seulement de noter ici, c'est que le gérant doit toujours être convoqué, même s'il n'est pas associé, car c'est à lui qu'il appartient de fournir les renseignements dont les associés ont besoin. Le gérant doit donc se tenir à leur disposition. Mais, pour pouvoir le faire, il faut qu'on le convoque.

L'assemblée, convoquée suivant les formes qui viennent d'être indiquées, se tiendra au jour, à l'heure et au lieu qui auront été fixés dans l'avis de convocation.

La loi de 1295 est absolument muette sur la procédure qu'il conviendra de suivre pour assurer la tenue régulière de cette assemblée.

Il convient donc de s'en rapporter à ce que diront les statuts.

On peut dire que, à cet égard, de longs usages se sont établis, surtout en ce qui concerne les sociétés anonymes. Mais ces usages pourraient utilement être invoqués en matière de société à responsabilité limitée. Ces usages ont trouvé une consécration dans l'article 5 de la loi du 23 janvier 1929 sur les parts bénéficiaires<sup>1</sup>.

Il doit tout d'abord être établi une feuille de présence. Cette feuille de présence doit contenir, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 28 de la loi du 24 juillet 1867 les nom et domicile de chacun des associés,

1. Comp. Jacques Copper Royer, *Le régime des Parts bénéficiaires*, n<sup>o</sup> 56 et suiv.

ainsi que le nombre de parts dont ils sont respectivement porteurs.

C'est celui qui convoque la réunion qui a la charge de l'établir et de veiller à l'émargement donné par chaque associé comme justification de sa présence dans la salle des réunions.

La feuille doit, aux termes de ce même article 28, être certifiée par les membres du bureau.

Il faut donc qu'il y ait un bureau.

Le bureau d'une assemblée se compose en général d'un Président, de deux assesseurs et d'un secrétaire. Mais rien dans la loi n'interdit aux associés d'ordonner dans les statuts quelque disposition différente, par exemple d'autoriser l'intervention d'un seul assesseur.

Le Président, c'est très généralement celui qui a convoqué la réunion. Il peut être statutairement décidé que la fonction de Président sera exercée par l'un des membres du Conseil de surveillance ou par le gérant. De semblables clauses contractuelles ne seront jamais qu'indicatives de ce qui doit être fait lorsque les choses se passent normalement. Mais il est évident que lorsque les choses se passent d'une manière anormale, lorsque, par exemple, la convocation est faite par un groupement dissident, agissant par lui-même ou par l'organe d'un mandataire de justice spécialement désigné, la composition du bureau ne pourra pas toujours être exactement celle qu'auront ordonnée les statuts. De cette divergence ne résultera aucune nullité formelle et inévitable.

De même, on ne devrait attacher aucune importance au fait que les associés auraient prié l'un d'entre eux de présider la séance, alors que la personne ainsi désignée, et à qui on aura voulu faire honneur, n'était pas celle qu'indiquaient les statuts comme devant présider la réunion.

Les Tribunaux seront toujours les juges souverains de l'importance réelle que peut avoir eue sur la manifestation de la volonté sociale ce manquement à une règle de pure forme<sup>1</sup>.

Car c'est bien cela en effet ce que les tribunaux auront seulement à rechercher : la non observation d'une règle contractuelle relative au bureau de l'assemblée (ou encore à toute règle formaliste) a-t-elle, ou non, pu influencer la décision finalement prise par la masse collective des associés, statuant à la majorité requise par la loi?

Il n'y a, en cela, qu'une application partielle de la règle générale de la relation de cause à effet qui doit toujours exister entre le fait allégué et la conséquence que l'on en veut voir tirer. En matière de

1. Comp. en ce sens, Req. 1<sup>er</sup> décembre 1919, *J. Soc.* 1920.220.



sociétés par actions, on retrouve d'autres applications partielles de cette théorie générale, par exemple en matière d'actions judiciaires en nullité sociale, lesquelles sont irrecevables lorsque le demandeur ne justifie pas d'un intérêt pécuniaire à voir prononcer la nullité, par exemple si le demandeur est un débiteur de la Société<sup>1</sup>, ou encore en matière de délit de publication de faits faux, la prévention devant rapporter la preuve que la publication du fait reconnu faux a été la cause déterminante, ou a pu être la cause déterminante, de la souscription sollicitée et obtenue<sup>2</sup>.

A côté du Président figurent deux assesseurs, choisis parmi les deux plus forts porteurs de parts.

Ici encore, les indications statutaires demeurent toutes relatives. Si, par exemple, un des assesseurs n'est pas le plus fort porteur de parts, aucune nullité intrinsèque n'en résultera tant qu'il ne sera pas démontré que cette substitution d'une personne à une autre n'a pu influencer en rien le vote des résolutions prises par l'assemblée. On peut encore supposer que la réunion n'aura provoqué la venue que d'un nombre très restreint d'associés, tous les autres ayant donné un pouvoir. Un seul assesseur figurera au bureau, au lieu de deux. La réunion n'en sera pas moins valable, et la manifestation de volonté donnée par l'assemblée n'en sera pas moins définitive.

Enfin, le bureau se complète d'un secrétaire qui, d'après les usages, peut être pris en dehors des associés, son rôle étant surtout technique et matériel.

Le bureau certifie la feuille de présence et doit tout d'abord constater qu'il résulte des émargements donnés sur cette feuille de présence que les associés présents ou représentés à la réunion sont bien en nombre suffisant pour former le quorum exigé par la loi.

Nous rappelons que nous n'examinons, dans ce paragraphe, que les seules conditions de forme s'imposant pour la régularité d'une assemblée. Le *quorum* est une condition de fond que nous examinerons au paragraphe suivant.

Le bureau doit veiller à ce que la feuille de présence ne contienne que des indications strictement véridiques et exactes. Sur ce point spécial,

1. Comp. notamment Req. 12 mai 1888, D. P. 88.1.107; Civ. cass. 27 juin 1899, *J. Soc.* 1900.113; Poitiers, 31 mai 1924, *J. Soc.* 1926.273.

Comp. Copper Royer, I, 135.

2. Comp. Req. 18 mars 1895, D. P. 95.1.497; Trib. corr. Seine, 30 juillet 1890, *Rev. Soc.* 91.37.

Comp. Copper Royer, I, 229.

les membres du bureau engagent leur responsabilité individuelle. Ils doivent donc veiller à ce que les procurations soient régulières et se les faire communiquer.

Nous indiquerons seulement ici que, chaque fois qu'une assemblée sera une assemblée de l'article 31, c'est-à-dire une assemblée appelée à modifier les statuts originaires adoptés et fixés, les procurations paraissent devoir être *spéciales*, par application de ce qui est dit en l'article 4, § 4 de la loi <sup>1</sup>. Il ne faut pas du reste attacher à ce terme une signification exagérément formaliste. A notre avis, il suffit que la procuration soit spéciale à l'assemblée envisagée et qu'elle ne résulte pas d'un acte antérieur conférant à un mandataire des pouvoirs de gestion très indéterminés et très généraux.

Une conséquence, sans doute très rigoureuse, en serait qu'une tierce société, elle-même associée de la société à responsabilité limitée, ne pourrait prendre part à une assemblée de cette nature que par l'intermédiaire d'un mandataire *ad hoc*, justifiant d'un pouvoir spécialement donné en vue de cette assemblée.

Il y aurait là parfois, dans la pratique, une exigence presque insupportable, et on fera bien alors de faire appel à la théorie que nous exposons *suprà*, n° 60 et d'après laquelle les administrateurs ou les gérants d'une société de capitaux ne sont pas tant des mandataires que des représentants légaux, au moins pour tout ce qui concerne les rapports externes de la société avec les tiers.

Si le *quorum* est atteint, le bureau déclare la réunion valable et le Président doit procéder à l'épuisement de l'ordre du jour.

Il doit donner la parole à celui qui a convoqué l'assemblée — (et, dans la pratique, ce sera souvent lui-même) — dans le but d'exposer aux associés la raison d'être de la réunion. Par exemple, s'il s'agit d'une assemblée générale ordinaire annuelle, c'est le gérant qui aura la parole pour faire aux associés le compte-rendu des opérations réalisées au cours de l'exercice écoulé et pour leur donner connaissance des comptes arrêtés en fin d'exercice.

Il arrivera souvent qu'une assemblée sera réunie dans le but d'admettre la personnalité d'un tiers, jusqu'à présent étranger à la société, et à qui un associé désire céder une ou plusieurs de ses parts. La parole peut alors être donnée à l'associé cédant qui fournira à ses coassociés toutes les indications nécessaires pour qu'ils se fassent une opinion.

Une discussion peut suivre cet exposé de faits, et le bureau doit essen-

1. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, n° 347.

tiellement veiller à ce que tous puissent librement formuler un avis sans jamais s'écarter des règles d'une courtoise politesse. Le bureau doit veiller à ce que le Secrétaire rédige un procès-verbal indiquant, sommairement peut-être, mais avec suffisamment de netteté, tout ce qui s'est dit au cours de la réunion.

Enfin, le Président, agissant au nom du bureau, déclarera la discussion close et fera passer au vote des résolutions.

Celles-ci seront acquises suivant des modalités et des conditions que nous examinerons au paragraphe suivant, en examinant les conditions de fond auxquelles doit satisfaire une assemblée. Très généralement, les votes émis par les associés d'une société à responsabilité limitée seront recueillis sans que se produisent jamais des difficultés analogues à celles en face desquelles on se heurte parfois dans les sociétés anonymes comportant des centaines ou des milliers d'actionnaires, lesquels ne manifestent pas toujours dans les discussions auxquelles ils prennent part un grand esprit d'ordre et de discipline.

Les votes seront, en principe, émis oralement, chaque associé précisant à main levée son adhésion ou sa désapprobation.

Le bureau proclame le résultat des votes, lesquels demeurent acquis par le seul fait de leur inscription au procès-verbal.

Certains votes peuvent être nettement désobligeants, ou même désagréables, pour un des membres du bureau. Il en sera ainsi par exemple d'une résolution déclarant révoquer le gérant, lequel, peut-être, préside la réunion.

Ce gérant pourrait avoir la tentation de quitter la salle des délibérations et de rendre impossible le fonctionnement de l'assemblée.

En ce faisant, il se mettrait foncièrement dans son tort. Le bureau a un devoir, celui de poursuivre jusqu'à épuisement l'ordre du jour à raison duquel l'assemblée a été convoquée <sup>1</sup>.

Le gérant, qui viendrait à être révoqué, peut ne plus vouloir assumer la présidence du bureau. Mais il ne peut le faire qu'après avoir mis l'assemblée à même de nommer un nouveau Président, de manière à ce que la réunion puisse se poursuivre sans difficulté jusqu'à ce qu'un vote ait été donné sur chacun des éléments de l'ordre du jour.

L'Assemblée, constatant la faute commise par un ou plusieurs membres du bureau pour s'être retirés prématurément, pourrait nommer un

1. Le Tribunal de commerce de la Seine qualifie ce devoir d'impérieux, dans son jugement du 30 juin 1920, *J. Soc.* 1920.410.

Comp. dans le même sens, Civ. rejet, 5 juillet 1893, *D. P.* 94.1.41.

nouveau Président ou un nouvel assesseur et décider de continuer à délibérer <sup>1</sup>.

Mais une difficulté peut alors surgir; le fait, par un ou plusieurs associés, de quitter ostensiblement la salle où se tient la réunion, et, par conséquent, de cesser de participer aux travaux de l'assemblée, va, peut-être, faire que l'assemblée ne retiendra plus le *quorum* qu'elle avait tout d'abord obtenu et sans lequel elle est sans compétence pour délibérer. Dans ce cas, on a généralement admis que l'Assemblée cessait de pouvoir discuter sur le restant des éléments de l'ordre du jour<sup>2</sup>. Mais tout ce qui a été voté précédemment demeure acquis.

Enfin, tous les votes étant acquis, le bureau doit lever la séance, remettre au gérant tous les documents concernant l'assemblée et justifiant sa régularité; en outre, ils doivent se tenir à la disposition du gérant pour signer sur le registre spécial aux procès-verbaux des assemblées le procès-verbal de la séance à laquelle ils ont collaboré. Semblable procès-verbal, n'est pas en effet le plus souvent transcrit séance tenante.

#### b) SOCIÉTÉS COMPORTANT MOINS DE VINGT MEMBRES

L'article 26, § 2 déclare que la tenue d'une assemblée n'est pas nécessaire quand le nombre des associés n'est pas supérieur à vingt. Dans ce cas, ajoute cet article, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre, expressément formulées, et émettra son vote par écrit.

Il y a là un texte nettement dérogatoire au droit commun.

La première conséquence que l'on devrait en tirer serait que le seul fait, par une société qui aurait été originairement constituée avec un nombre d'associés inférieur à vingt, de devenir une société de vingt membres, entraîne pour les associés la rigoureuse obligation de modifier leurs statuts et de tenir des assemblées suivant la procédure que nous venons d'indiquer ci-dessus, en l'alinéa a).

Une autre conséquence en est que les statuts d'une société minime peuvent fort bien stipuler l'obligation de ne consulter les actionnaires qu'au moyen d'assemblées régulièrement tenues.

Même lorsque les statuts auront autorisé le vote par correspondance, les associés peuvent toujours se réunir matériellement, chez l'un d'eux,

1. Comp. en ce sens, Req. 25 novembre 1929, *Rec. Soc.* 1930.65.

2. Comp. en ce sens, Trib. comm. Lyon, 14 janvier 1904, *J. Soc.* 1905.42. — Comp. encore Paris, 8 juin 1912, *D. P.* 1913.2.161.



par exemple, et si tous sont présents ou représentés, ils peuvent prendre telles décisions qu'ils jugeront utiles.

Le vote par correspondance n'est jamais qu'une faculté.

Tant que la société demeure une société *minime*, c'est-à-dire de moins de vingt membres, la procédure des assemblées peut être infiniment simplifiée.

En substance, cette procédure sera la suivante : le gérant écrit à chacun des associés une lettre que, pour sa sécurité personnelle, il fera bien de recommander. Dans cette lettre, il peut commencer par insérer toutes les explications qu'il croira bon de donner pour assurer la documentation de l'associé dont il sollicite le vote. Puis, il indique qu'il soumet au vote des associés telle et telle résolution.

Le gérant donnera dans sa lettre le libellé de ces résolutions. Ce libellé devra être conçu de telle manière que l'associé n'aura à répondre que *oui*, ou *non*.

Le vote émis dans une assemblée ordinaire est simpliste; il résulte d'une main qui se lève. Le vote émis par correspondance doit pouvoir être formulé d'une manière aussi simpliste <sup>1</sup>.

Du reste, on ne comprendrait pas que l'associé, consulté par correspondance, puisse formuler des réserves, présenter quelques amendements, ou soumettre son vote approbatif à une condition quelconque.

Il en résulterait dans la consultation sociale, un embarras inextricable.

Et c'est pour empêcher cette confusion possible que le législateur, en l'article 26, ordonne à celui qui provoque cette consultation sociale de « formuler expressément » les décisions qu'il est demandé aux associés de prendre.

Pour satisfaire au vœu de la loi, il sera bon que les résolutions proposées soient aussi divisées que possible, quitte à être <sup>un peu</sup> plus nombreuses qu'il ne serait apparemment nécessaire.

Nous avons vu tout à l'heure que la convocation d'une assemblée générale était généralement l'œuvre du gérant.

Mais cette convocation peut encore être due à l'initiative du Conseil de surveillance, s'il en existe un, — d'un groupement d'associés représentant au moins la moitié du capital social, — d'associés ne justifiant posséder qu'une fraction inférieure du capital, mais apportant au Tri-

1. Comp. en ce sens, Albert Wahl, *J. Soc.* 1927, p. 329.

bunal la preuve de certaines circonstances de fait autorisant la réunion d'une assemblée générale, à convoquer d'urgence, par le canal d'un administrateur judiciaire, spécialement nommé à ces fins.

Les Sociétés *minimes*, de moins de vingt membres, ne sont pas tenues d'avoir un Conseil de surveillance, mais elles en ont souvent un, sitôt que le nombre des associés est un tant soit peu conséquent.

Le Conseil de surveillance de ces sociétés minimales aura tous les droits et tous les pouvoirs que possède le Conseil de surveillance d'une société de vingt membres; il aura donc le droit de provoquer une consultation des associés, et cette consultation se fera par correspondance.

Nous avons vu que, par une interprétation qu'il convient de donner au deuxième alinéa de l'article 29, le Conseil de surveillance ne devait prendre l'initiative d'une consultation des associés qu'à défaut par le gérant de l'avoir fait. Le Conseil de surveillance fera donc bien de commencer par mettre en demeure le gérant, sans qu'aucune nullité expresse soit attachée à cette obligation.

Puis il consultera les associés. Il les consultera par correspondance, c'est-à-dire par lettres recommandées avec accusé de réception. Chaque lettre devra être signée de tous les membres du Conseil de surveillance, ou, au moins, de la majorité d'entre eux. Les résolutions à prendre devront faire l'objet d'un libellé ayant la précision et la netteté que nous préconisons tout à l'heure. Il faut que l'associé puisse répondre par oui ou par non.

Une même procédure devra être suivie si l'initiative de la consultation sociale remonte à un groupement d'associés possédant la moitié au moins du capital social. Les lettres devront en ce cas être signées par tous les associés faisant partie de ce groupement.

Lorsque l'assemblée est tenue par un mandataire de justice nommé sur la requête d'un groupement d'associés justifiant de circonstances graves et urgentes, il sera toujours meilleur, quel que soit le nombre des associés, de provoquer une réunion matérielle, les associés devant être mis à même de se concerter quant aux conséquences possibles des circonstances graves et urgentes qui, seules, ont permis la nomination de ce mandataire de justice.

Les associés reçoivent chacun leur lettre et le questionnaire auquel ils doivent répondre.

Ils doivent répondre en écrivant de leur main, en face de chaque question, un OUI ou un NON. Ils doivent signer leur réponse. Puis ils doivent retourner le questionnaire ainsi annoté et signé à la personne

qui les a consultés, cette personne étant très généralement le gérant.

L'associé qui ne répond pas dans le délai, imparti dans la lettre emportant le questionnaire, doit être réputé s'abstenir.

Le vote d'un associé ne peut résulter que d'une manifestation expresse de volonté. La clause statutaire d'après laquelle tout associé qui n'aurait pas répondu dans le délai fixé serait réputé acquiescer aux résolutions proposées devrait être réputée comme nulle, car elle prêterait aux fraudes les plus faciles, et, par voie de conséquence, à des récriminations incessantes.

Par contre, on devrait admettre la validité d'une clause statutaire spécifiant que celui qui ne répond pas sera réputé voter NON, par analogie avec ce qu'ordonne le nouvel article 31 de la loi sur les sociétés anonymes.

Nous supposons que les questionnaires ont été envoyés; que les associés, individuellement consultés, ont individuellement répondu. Les lettres contenant leur réponse reviennent à celui qui avait pris l'initiative de la consultation, ou, en cas de pluralité de personnes lançant la convocation, à l'une d'entre elles spécialement mandatée pour recevoir ces réponses.

Cette personne recueillera les réponses à elle envoyées et en dressera une sorte de procès-verbal, à l'appui duquel les lettres autographes demeureront attachées.

Lorsque cette personne est le gérant, lorsque la consultation des associés ne porte que sur des questions d'administration courante, comme l'approbation des comptes de l'année ou l'admission d'un nouvel associé, les choses se passeront très simplement.

Mais d'assez graves difficultés pourront se produire lorsque la consultation des associés portera sur certains points graves et lourds de conséquence, et encore lorsque cette consultation sera provoquée par une personne autre que le représentant légal de la société, c'est-à-dire le gérant.

On peut supposer par exemple que les associés soient appelés à nommer un co-gérant, alors que cette adjonction est repoussée par le gérant en exercice. Les associés décident cependant la nomination de ce co-gérant et c'est un groupement d'associés qui reçoit les réponses favorables et à cette nomination et à la nomination d'une personne déterminée, qui devra exercer cette fonction.

Il conviendra de conserver soigneusement toutes les pièces justifiant de cette décision sociale, et d'en dresser un procès-verbal qui aura à être signifié au premier gérant.

Cette désignation d'un deuxième gérant est une modification statutaire qui doit être publiée conformément à ce que nous avons dit, *suprà*, nos 29 et 63. Cette publication pourra être faite par les soins du co-gérant, lequel sera sans doute reconnu par l'administration du Registre du commerce comme compétente pour requérir une immatriculation.

Il n'en est pas moins vrai qu'un mauvais vouloir du gérant rendra les choses très difficiles. Et il en sera surtout ainsi au cas où il aurait été voté une modification statutaire à l'adoption de laquelle le gérant se serait véhémentement opposé. On peut admettre que le groupement d'associés qui aura pris l'initiative de cette modification pourra la faire publier. Et cependant qui signera pour copies conformes les pièces à déposer dans les greffes? Qui, en dehors du gérant, aura qualité pour requérir une immatriculation au Registre du commerce?

Il semble qu'il puisse naître en pareil cas des difficultés qui seraient inextricables si on ne devait les résoudre, d'une part, grâce à la nomination d'un gérant provisoire nommé par le Président du tribunal de commerce, statuant en référé, d'autre part, grâce à la possibilité qui doit toujours être reconnue aux associés de révoquer le gérant (voir *suprà*, n° 67).

**82. Conditions de fond. Quorum et majorité.** — L'assemblée générale est l'organe de volonté de l'Etre moral, surtout lorsque cet être moral est une société de capitaux.

Par cet organe de volonté, par cette espèce de cerveau, toutes les individualités qui composent l'Etre moral examinent, discutent, ordonnent, et, se fondant en une masse collective grâce à la majorité qui vient à se former, décident des directives qu'il convient d'imposer à l'entreprise sociale.

Dans une société anonyme, on distingue trois sortes d'assemblées, toutes caractérisées d'après leur objet :

L'assemblée constitutive, organisme vétuste et exceptionnel, qui suit certaines règles anormales et toutes de fantaisie, et qui subsiste dans notre droit comme subsistent dans certains déserts d'Australie des types arriérés appartenant à un étage géologique depuis longtemps disparu;

L'assemblée générale ordinaire qui est toute assemblée destinée à prendre une décision n'emportant pas une modification aux statuts ; le type usuel en est l'assemblée générale ordinaire annuelle, au cours de laquelle les administrateurs rendent compte des opérations faites par



eux au cours de l'exercice écoulé et font approuver les comptes qui sont le résultat de ces opérations;

L'assemblée générale extraordinaire qui est toute assemblée destinée à prendre une décision emportant une modification aux statuts.

Le terme d'assemblée générale extraordinaire, qui est le terme usuel pour désigner les assemblées de l'article 31, est, du reste, ambigu, car il peut y avoir des assemblées ordinaires qui sont convoquées extraordinairement, ce qui prête à confusion.

Au fond, il n'y a qu'une seule et unique Assemblée générale, — qui est la réunion des associés, lesquels sont convoqués dans le but de prendre certaines décisions. Seulement, cette réunion des associés compétents pour discuter et pour décider des affaires sociales doit obligatoirement réunir certaines caractéristiques, sans lesquelles l'Etre moral n'est pas réputé avoir manifesté une volonté correctement et définitivement exprimée.

Ces caractéristiques se résument presque exclusivement dans une question de *quorum* et dans une question de majorité.

Le *quorum*, c'est, dans une société de personnes, le nombre des associés figurant à la réunion, et, dans une société de capitaux, la fraction du capital à laquelle correspondent les actions que possèdent ou que représentent les actionnaires individuellement présents à la réunion.

La majorité se détermine, elle, d'après le nombre de voix acceptant le vote d'une résolution, ce nombre étant généralement calculé d'après l'importance des capitaux présents ou représentés à l'Assemblée, et non d'après l'importance totale du capital social. La majorité normale, c'est la moitié plus un. Dans certains cas, la majorité doit obligatoirement recueillir une fraction supérieure à une moitié.

Dans les sociétés de personnes, le nombre de voix peut se déterminer d'après le nombre des associés, décomptés individuellement et par tête. Dans les sociétés de capitaux, il n'en est pas ainsi et il ne peut pas en être ainsi. Le seul critérium réside dans l'importance des capitaux que représente chaque individu. C'est donc d'après cette importance capitaliste que s'établit exclusivement la puissance de vote, et, par voie de conséquence, le nombre des voix exprimées et le calcul de la majorité requise. C'est par l'effet d'une erreur grossière que certains statuts attribuent au Président d'une assemblée générale une voix prépondérante en certaines circonstances exceptionnelles. Dans les assemblées générales, a dit M. le Professeur Bourcard, ce sont des sacs d'écus qui délibèrent.

Le régime des assemblées générales propres aux sociétés à responsa-

bilité limitée s'apparente de très près au régime des assemblées propres aux sociétés anonymes, et il est bien naturel qu'il en soit ainsi puisque les deux sociétés appartiennent à la même famille des sociétés de capitaux.

Le législateur de 1925 commence par poser le principe, en précisant, dans l'alinéa 1 de l'article 26, que *les décisions des associés sont prises en assemblées*.

Puis, par l'article 26 et par l'article 31, il renouvelle la distinction fondamentale qu'il convient d'établir entre les assemblées que l'usage a pris l'habitude de qualifier d'ordinaires et celles que l'usage a pris l'habitude de qualifier d'extraordinaires.

Les assemblées ordinaires, les assemblées normales, sont celles de l'article 27. Ce sont toutes les assemblées qui ne comportent pas une modification à apporter éventuellement aux statuts.

Les assemblées extraordinaires, ce sont celles de l'article 31<sup>1</sup>. Ce sont celles au cours desquelles les associés auront à délibérer sur une proposition de modification statutaire, ou encore sur une opération tendant à faire faire par la société un acte contraire aux statuts, ou un acte réalisé autrement que ne l'ordonnaient les statuts.

#### a) ASSEMBLÉES ORDINAIRES

Nous venons de définir les assemblées que l'usage est de qualifier d'assemblées ordinaires.

Ces assemblées sont, pour les sociétés à responsabilité limitée, régies par les articles 27, 28 et 29.

Tout d'abord, l'article 29, en son alinéa 1, précise qu'il doit être tenu chaque année au moins une assemblée générale au cours de laquelle il sera rendu compte des opérations sociales faites au cours de l'exercice écoulé. C'est au cours de cette assemblée que les comptes de l'exercice seront présentés aux associés, lesquels auront ainsi l'occasion de les approuver et d'en ordonner la passation définitive dans la comptabilité sociale, après tous prélèvements tant pour des réserves, ou pour des amortissements exceptionnels, que pour des distributions de dividendes.

1. C'est l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 qui, pour les sociétés anonymes, règle le sort des assemblées appelées à modifier les statuts. Cet article a du reste subi de notoires vicissitudes. C'est également l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 qui règle le sort de ces mêmes assemblées dans les sociétés à responsabilité limitée. Mais il n'y a là qu'une coïncidence, laquelle peut du reste prêter à des confusions, les règles posées par l'un et l'autre de ces deux articles 31 n'étant pas complètement identiques.

L'article 29 renvoie aux statuts de chaque société pour le détail de l'ordre du jour imposé à l'occasion de cette assemblée générale ordinaire dont la loi se contente de spécifier le caractère annuel et obligatoire.

En fait, cette assemblée est la reproduction fidèle de l'assemblée générale ordinaire annuelle propre aux sociétés anonymes<sup>1</sup>.

Il faut seulement remarquer que le législateur de 1925 autorise les sociétés de moins de vingt membres à ne pas tenir d'assemblée du tout, de telle sorte que les comptes du gérant ainsi que les opérations faites par lui en exécution de son mandat seront ratifiés comme il plaira à Dieu et peut-être même ne le seront jamais.

Cette pratique n'est pas à recommander; quelque infime que soit le nombre des associés, le gérant fera sagement, tant pour les associés que pour lui-même, de rendre, au moins une fois par an, compte des actes de son mandat. Dans les sociétés minimales, c'est-à-dire ayant moins de vingt membres, cette reddition de comptes peut s'effectuer par correspondance, et on ne comprend véritablement pour quelles causes obscures et inharmoniques le législateur de 1925 autorise le gérant à ne pas y procéder.

Toute assemblée doit satisfaire à deux conditions principales de validité, l'une relative au *quorum*, l'autre, relative à la majorité.

Pour le *quorum*, il convient de s'en rapporter à l'article 28, lequel déclare qu'*aucune décision n'est valablement prise dans les deux cas prévus en l'article précédent* (c'est-à-dire lorsque l'assemblée se tient sous la forme d'une assemblée véritable, ou lorsqu'elle se tient par correspondance) *qu'autant qu'elle a été adoptée par des associés représentant plus de la moitié du capital social*.

Il faut donc que des associés représentant plus de la moitié du capital social répondent à la convocation qui leur aura été adressée.

Il faut que l'assemblée réunisse plus de la moitié du capital social; si donc les parts présentes ou représentées ne formaient que la moitié du capital, le *quorum* impérativement exigé ne serait pas atteint.

Dans les assemblées propres aux sociétés anonymes, le quart est seulement exigé. Mais il faut convenir qu'il est beaucoup plus facile de réunir la moitié du capital dans une société dont tous les associés sont nominativement inscrits sur les registres de l'entreprise, que de réunir le quart de ce même capital dans une société dont les titres sont au porteur.

Il est également à noter que ce qu'exige le législateur, c'est unique-

1. Voir sur les assemblées ordinaires dans les sociétés anonymes, Copper Royer, II, 523 et suiv.

ment une représentation du capital social et non pas un nombre déterminé d'associés. Si, donc, un seul associé possédait à lui seul 51 % du capital, la présence de ce seul associé serait nécessaire et suffisante pour assurer la validité de l'assemblée.

Si, par l'effet d'une clause anormale, mais possible, le capital avait été divisé en parts de valeur inégale, les unes étant par exemple de cent francs et les autres de mille francs, le nombre des parts présentes ou représentées à l'assemblée demeurerait sans importance. La seule chose qu'il faudra considérer c'est la fraction du capital que forment ces parts présentes ou représentées.

Il y a là une indication très nette du caractère purement capitaliste qu'il convient de reconnaître aux sociétés à responsabilité limitée.

Ce quorum de moitié du capital social est un minimum qui s'impose aux parties contractantes, en ce sens qu'elles peuvent bien stipuler dans les statuts que leurs réunions, quelles qu'elles soient, devront, pour être valables, recueillir un quorum plus élevé, mais elles ne peuvent insérer dans les statuts une clause déclarant que les assemblées pourront, sur première convocation, délibérer même si elles réunissent un quorum inférieur à la moitié du capital social.

La nécessité de ce quorum de moitié aurait pu aboutir, dans certaines sociétés minimes, à une véritable impasse. Supposons que les statuts d'une société ayant moins de vingt membres stipulent que le gérant devra obligatoirement réunir, chaque année, une assemblée générale ordinaire annuelle conforme à celle que rend obligatoire l'article 29. Et supposons également que, soit dans une société de cette nature, soit dans une société de plus de vingt membres, l'un des associés possède, à lui seul, 50 % du capital.

En s'abstenant systématiquement de répondre aux convocations, cet associé unique rendrait impossible le fonctionnement normal de la vie sociale.

Aussi le législateur a-t-il décidé, dans la deuxième partie de l'article 27 que, *sauf stipulation contraire des statuts, si ce chiffre (la moitié du capital) n'est pas atteint à la première consultation, les associés sont convoqués une seconde fois, par lettres recommandées, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représenté.*

Nous supposons l'assemblée réunissant plus que la moitié du capital social. Elle est compétente pour délibérer. Si les résolutions proposées recueillent l'unanimité des votes émis par les associés présents ou représentés, aucune difficulté ne peut se produire.



Mais il en est autrement si des divergences de vues se manifestent.

Il faut alors passer au vote.

Si l'assemblée a lieu par correspondance, ce vote résultera du décompte des réponses affirmatives et des réponses négatives qui auront été transmises au gérant. Remarque étant faite encore une fois que toute réponse conditionnelle doit être considérée comme étant une réponse négative, ou une abstention.

L'article 28, qui se présente comme un texte impératif, déclare que *nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, tout associé peut prendre part aux décisions. Chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède.*

Ce texte comprend deux parties distinctes : la première est claire et ne prête pas à discussion. Tout associé doit être convoqué. Tout associé peut venir à l'assemblée. Il a le droit d'y délibérer. Il doit participer au vote.

Il y a là une disposition simpliste qui reproduit trop exactement le texte du nouvel article 31 de la loi sur les sociétés anonymes pour que nous ayons le moins du monde à insister.

Mais il n'en est pas tout à fait de même de la deuxième partie du texte.

En apparence, cette deuxième partie du texte est aussi simpliste que la première : chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède. Ici encore nous retrouvons une disposition procédant exactement de celles que contient l'article 31 nouveau de la loi sur les sociétés anonymes.

Dans les sociétés à responsabilité limitée comme dans les sociétés anonymes, le principe est que la puissance de vote s'adapte exactement à la puissance capitaliste de l'associé qui émet ce vote.

Mais le texte présente une ambiguïté et, en quelque sorte une fissure. Nous avons vu *suprà*, n° 23, qu'une société à responsabilité limitée pouvait créer des parts ayant une valeur nominale différente. Il peut y avoir une série de parts d'une valeur nominale de cent francs coexistant avec une série de parts ayant une valeur nominale de mille francs. Sans doute, une semblable disposition contractuelle demeurera toujours exceptionnelle, et même anormale, mais elle ne présente pas un caractère illicite, l'article 34 du Code de commerce n'ayant pas à être appliqué ou interprété avec une extrême et intransigeante rigueur.

Et, dès lors, on aperçoit nettement la fissure.

La pensée du législateur de 1925 était en pleine harmonie avec celle qui devait être celle du législateur du 26 avril 1930; déjà l'âpre, et peut-

être injuste, acrimonie qui fait proscrire les actions à vote plural dominait l'esprit du législateur <sup>1</sup>. Ce dernier a cru tout régler en édictant l'article 28.

Il oubliait en cela le caractère très adouci, un peu inconsistant, de l'article 34 du Code de commerce.

Dès lors, l'astuce des contractants pouvait se donner libre carrière.

Du moment qu'on peut créer des parts de cent francs et des parts de mille francs, et du moment qu'un texte aveugle dit que chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède, il devient enfantin de créer des parts ayant un vote plural. Il suffit d'attribuer à une personne déterminée le droit exclusif de souscrire celles des parts qui ont une valeur nominale très faible <sup>2</sup>.

Cette conséquence de la loi et des expressions par elle employées paraît du reste avoir infiniment moins d'inconvénients dans les sociétés à responsabilité limitée que dans les sociétés anonymes.

Dans une société à responsabilité limitée, tous les droits sont nominatifs. Tout le monde se connaît. Aucune surprise n'est possible.

Et, en outre, dans les sociétés à responsabilité limitée, aucune spéculation n'est possible sur les titres, dont la cession est rigoureusement réglementée (voir *suprà*, n° 51).

Enfin, comme nous le verrons tout à l'heure, les termes dont s'est servi le législateur dans l'article 27 font que la création de parts ayant un vote plural, direct ou indirect, n'aura jamais grands effets puisqu'une résolution doit, pour être adoptée, recueillir une majorité en capitaux.

Le vote plural ne pourrait commencer à produire des effets utiles qu'en cas d'assemblées réunies sur deuxième convocation, faute d'avoir réuni le quorum une première fois.

Nous en venons ainsi à une question à l'occasion de laquelle la doctrine s'est très curieusement divisée, ce qui ne peut que surprendre, le texte législatif apparaissant comme clair et probant.

Il s'agit de savoir comment les votes sont acquis.

Le texte de l'article 27 répond : *Aucune décision n'est valablement prise... qu'autant qu'elle a été adoptée par des associés représentant plus de la moitié du capital social.*

Cela paraît dénué de toute ambiguïté.

1. La pensée du législateur de 1925 peut être, sur ce point, considérée comme d'autant plus certaine que la loi allemande, qui fut son inspiratrice incontestable, n'accorde à chaque associé qu'une voix par 100 marks de capital.

2. Comp. en ce sens, Albert Wahl, *Sem. Jurid.* 1927, p. 401.

Le vote sera acquis si un ou plusieurs associés dont les parts représentent 51 % au moins du capital social ont déclaré voter *pour*.

Peu importe qu'un seul associé, porteur de parts représentant 51 % du capital, ait déclaré voter *pour*, alors que quinze ou vingt autres associés dont les parts ne représentent que 30 ou 40 % du capital aient déclaré voter *contre*.

Peu importe qu'un seul associé, propriétaire de six parts de 10.000 fr. chaque ait déclaré voter *pour*, alors que quinze ou vingt autres associés propriétaires de trente parts de mille francs aient déclaré voter *contre*.

Le texte de l'article 27 est trop clair, trop précis, trop formel pour ne pas résister à n'importe quel raisonnement adverse<sup>1</sup>.

Ce raisonnement adverse est fondé sur l'article 28, lequel dit que tout associé a un nombre de voix égal au nombre de parts sociales qu'il possède<sup>2</sup>.

Or, si le texte de l'article 28 s'applique bien à l'article 31, il ne saurait cependant ni contredire ni aller à l'encontre de l'article 27 qui, par ses termes formels, apparaît comme une forteresse dont rien ne peut ébranler les murailles.

Ajoutons que ce texte entraîne cette conséquence que tout abstentionniste est réputé voter *contre* la résolution mise aux voix.

Nous laissons enfin un troisième système qui est ingénieux, qui ne manque pas de logique, mais duquel nous craignons qu'on puisse dire qu'il ne lui manque que d'avoir été consacré par le législateur.

D'après ce système, l'article 27 ne devrait se comprendre que comme réglant une question de quorum. Le législateur aurait voulu seulement substituer au quorum du quart, suffisant pour la validité des assemblées ordinaires dans les sociétés anonymes, un quorum de moitié.

Il est possible que ce soit cela que le législateur ait voulu dire.

On ne sait jamais.

Mais, alors, comme il l'aurait mal dit, en disant : *Aucune décision n'est valablement prise qu'autant qu'elle a été adoptée par des associés représentant plus de la moitié du capital social.*

Il est clair que, si on admet ce système, l'article 28 s'explique plus aisément.

Le quorum est de moitié.

La majorité s'entendra de la moitié plus un des suffrages exprimés, chaque associé ayant autant de voix qu'il possède ou représente de parts<sup>3</sup>.

1. En ce sens, Lépargneur, 32.

2. Comp. sur ce point, Drouets, n° 369.

3. En ce sens, Auger et Michel, n° 38.

Ce système est infiniment plus raisonnable.

Mais il a contre lui le texte, en apparence bien formel, de la loi.

Ce qui est tout de même important.

On ne peut pas perdre de vue que l'article 27 de la loi du 7 mars 1925 est une reproduction de l'article 29 de la loi sur les sociétés anonymes, cette reproduction étant toutefois, pour des causes inconnues, sensiblement modifiée.

L'article 29 de la loi de 1867 parle des assemblées qui doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social.

Alors que l'article 27 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée parle des décisions qui ne sont prises que si elles sont adoptées par des associés représentant plus de la moitié du capital social.

La différence est trop notoire pour ne pas correspondre à une idée nouvelle, fâcheuse peut être, inexplicable, dangereuse par toutes ses conséquences, mais cruellement certaine.

La deuxième partie de l'article 27 continue à s'apparenter (mais, cette fois, de plus près) à la deuxième partie de l'article 29 de la loi propre aux sociétés anonymes.

Le législateur prévoit le cas où l'assemblée générale des associés, dûment convoquée, n'a pu aboutir au vote d'une résolution, parce que les résolutions mises aux voix n'ont pu réunir une majorité représentant plus de la moitié du capital social.

*Sauf stipulation contraire dans les statuts, dit le texte, si ce chiffre n'est pas atteint à la première consultation, les associés sont convoqués une seconde fois, par lettres recommandées, et les décisions sont prises à la majorité des votes émis, quelle que soit la portion du capital représenté.*

Il est évident que ce texte paraît bien se rapporter à une question de quorum.

Néanmoins le texte, malheureusement trop précis, de la première partie de l'article se rapporte à une question de majorité. De telle sorte qu'il faut admettre qu'une deuxième assemblée devra être convoquée lorsque les associés n'auront pu, au cours de la première réunion, se mettre d'accord sur un texte adopté par une majorité comprenant la moitié du capital social.

Supposons qu'une assemblée réunisse 60 % du capital. Elle a compétence pour délibérer. Mais un vote ne réunit que l'adhésion de parts représentant 40 % du capital. La résolution mise aux voix n'est pas adoptée.



L'exigence du législateur pourrait, en certaines circonstances, rendre très difficile le fonctionnement normal de la vie sociale.

Aussi le législateur paraît y avoir pourvu en ordonnant que, dans ce cas, on doit recommencer. On doit en quelque sorte redonner les cartes, le jeu devant alors se jouer suivant une règle nouvelle.

Il n'est plus question de quorum. Peu importe la fraction du capital qui se trouvera représentée lors de la deuxième réunion.

Il n'est plus question d'un vote devant réunir une fraction quelconque du capital.

Tout associé vote, cette fois, d'après le nombre de parts dont il est porteur; et nous rappelons que ces parts peuvent être d'une valeur nominale différente. Alors, mais alors seulement, peut intervenir l'influence d'un vote plural hypocritement conféré.

Le vote est acquis à la majorité des votes émis.

Il n'est pas douteux que la deuxième partie de l'article 27 n'est pas en harmonie avec la première partie du même article.

Le domaine propre aux assemblées régies par les règles hybrides de l'article 27 est celui des assemblées ordinaires dans les sociétés anonymes <sup>1</sup>, remarque étant faite que, dans les sociétés anonymes, les assemblées ordinaires sont compétentes pour nommer ou révoquer les administrateurs, tandis que, dans les sociétés à responsabilité limitée, ce droit ne paraît appartenir qu'aux assemblées extraordinaires de l'article 31 (voir *supra*, n° 63 et n° 67).

D'une manière générale, on peut dire que les assemblées que l'usage est de qualifier d'assemblées ordinaires sont surtout compétentes pour connaître des comptes sociaux, pour donner quitus au gérant des actes de sa gestion, pour donner au gérant des directives quant à l'orientation à imprimer aux affaires sociales, pour nommer ou remplacer les membres du Conseil de surveillance, pour décider des amortissements et des dividendes.

On peut remarquer que la différence entre la majorité requise dans une assemblée ordinaire, appelée à donner des directives au gérant, et celle requise dans une assemblée extraordinaire appelée à révoquer le gérant, pourrait arriver à accorder une sorte d'impunité à un gérant qui s'obstinerait à ne pas obéir aux ordres que lui donnerait une assemblée ordinaire, la seule sanction apparente d'un tel manquement est une révocation. Or cette révocation ne peut être ordonnée qu'à une majorité

1. Voir Copper Royer, II, 542.

représentant les trois quarts du capital social. Si donc le gérant dispose fidèlement de 26 % du capital, aucune proposition tendant à sa révocation ne pourra réunir la majorité exigée par l'article 31. Il pourrait donc continuer à agir à sa guise, en tout cas contrairement aux indications formelles et répétées que lui donnerait une majorité en toutes assemblées ordinaires.

Une pareille conséquence est fâcheuse pour un système législatif. Le remède qui pourrait être apporté à une semblable situation paraît être d'ordre chirurgical. Cette situation crée un trouble profond dans la vie sociale. Elle prouve des dissentiments graves et permanents entre les associés. Ces dissentiments graves et permanents paralysent la vie de l'entreprise; ils provoquent une situation imprévisible, en tous cas incompatible avec toutes les notions qui avaient pu présider au consentement réciproquement donné par les parties lors de la formation originelle du contrat de société. Cette situation paraît donc justifier une demande en dissolution anticipée de la société (voir *infra*, n° 94).

#### b) ASSEMBLÉES EXTRAORDINAIRES.

Les assemblées extraordinaires sont celles de l'article 31. Ce sont toutes celles qui ont pour objet d'apporter aux statuts une modification quelconque, cette modification pouvant être permanente ou simplement occasionnelle et pouvant par exemple consister dans l'autorisation donnée au gérant de faire un acte ou de réaliser une opération autrement que ne le prescrivent les statuts. Ainsi, les statuts pourraient ordonner la distribution brutale des bénéfices annuellement réalisés. L'Assemblée qui voudrait mettre, une année, en réserve partie des bénéfices réalisés, ne pourrait être qu'une assemblée réunissant les conditions de validité qu'impose l'article 31.

Cet article 31 comprend trois éléments. Le premier et le troisième devraient être réunis ensemble, car ils concernent tous deux le domaine des résolutions que la loi interdit aux assemblées de prendre. L'Assemblée ne peut changer la nationalité de la société; elle ne peut non plus obliger un associé à augmenter sa part sociale. Nous avons étudié, *supra*, n° 80, l'un et l'autre de ces deux points.

Pour toutes autres modifications statutaires, l'assemblée générale est compétente.

Le texte est ainsi rédigé : *Toutes autres modifications dans les statuts, sauf stipulation contraire, sont décidées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social.*

Ce texte prête à une violente discussion.

Il faut évidemment attendre que la jurisprudence se soit fixée à cet égard.

En attendant nous ne pouvons que poser le problème et qu'indiquer quelle est la solution qui devrait, suivant ce que nous croyons être les principes du droit, intervenir.

Ce problème est un problème de *quorum* et de majorité. Mais c'est surtout une question de majorité.

Pour le *quorum*, tout le monde est d'accord : l'assemblée n'est compétente pour délibérer que si les associés présents ou représentés possèdent, du fait des parts dont ils sont propriétaires, les trois quarts au moins du capital social.

Ce *quorum* des trois quarts est toujours nécessaire.

Aucune assemblée à *quorum* décroissant n'est admise.

La loi sur les sociétés à responsabilité limitée ignore les dispositions des lois du 22 novembre 1913 ou 1<sup>er</sup> mai 1930.

Il est naturel qu'il en soit ainsi. Tous les associés sont nominativement inscrits. Tous sont connus. Tous ont pu être touchés par la convocation. S'ils ne sont pas venus, c'est qu'ils ne voulaient pas venir.

Par une deuxième convocation, on n'aura pas à les prévenir, on aura à les convaincre.

C'est pour définir la majorité qui est nécessaire que les auteurs sont en désaccord.

Nous rappelons tout d'abord, pour bien éclairer le débat, combien les termes de l'article 31 diffèrent de ceux employés par le législateur dans l'article 27.

Dans ce dernier texte, relatif aux assemblées qualifiées d'ordinaires, le législateur dit : *Aucune décision n'est valablement prise qu'autant qu'ELLE A ÉTÉ ADOPTÉE par des associés représentant plus de la moitié du capital social.*

Par conséquent, on doit en conclure que la résolution alors soumise au vote des associés doit recueillir un nombre de suffrages qui formera sûrement une majorité de la moitié plus un puisque les associés qui auront déclaré l'accepter représentent à eux seuls plus de la moitié du capital social.

Ici, le *quorum* et la majorité requise se confondent.

Il n'en est pas de même pour les assemblées de l'article 31.

Ici, le législateur dit que les résolutions *sont décidées A LA MAJORITÉ DES ASSOCIÉS représentant les trois quarts du capital social.*

Par conséquent, dans ce cas, le *quorum* ne se confond pas avec la majorité.

Il y a un *quorum*, lequel doit être invariablement des trois quarts du capital.

Et puis, il y a une majorité.

Et cette majorité, c'est, dit le législateur, la majorité des associés.

Que doit-on entendre par ces mots?

A notre avis, c'est l'article 28 qui répond. Et sa réponse est péremptoire.

*Nonobstant toute clause contraire de l'acte de société . . . . . chaque associé a un nombre de voix égal au nombre des parts sociales qu'il possède.*

Cela paraît bien clair. Et, en même temps, bien simple.

Nous sommes dans une société de capitaux. Nous sommes dans une société dont l'unique solvabilité réside dans son capital social et dont l'unique base que le législateur prend pour se décider sur un point ou sur un autre est le capital social.

Ce capital est divisé en parts.

Le législateur décide impérativement que chaque associé a, dans les assemblées, un nombre de voix égal au nombre de parts qu'il possède.

Cela est strictement logique dans une société de capitaux. On peut même dire qu'on ne comprendrait pas qu'il puisse en être autrement.

Nous arrivons alors à l'article 31.

Celui-ci dit, un peu comme le ferait M. de la Palisse, que les décisions sont prises à la majorité des associés.

C'est bien. Cela veut dire que les résolutions seront réputées adoptées par cela seul qu'elles auront été votées par la moitié plus un des associés présents ou représentés.

On n'a pas à rechercher si cette moitié plus un représente cinquante pour cent du capital, comme il faut le faire pour les assemblées de l'article 27.

Mais que doit-on entendre par la majorité des associés?

Evidemment la majorité des voix dont dispose chaque associé.

Et nous venons de voir que l'article 28 attribue, logiquement, normalement, *impérativement* autant de voix que de parts possédées ou représentées.

Par conséquent, on doit admettre que ces assemblées de l'article 31 fonctionneront comme fonctionnent celles des sociétés anonymes; le *quorum* doit tout d'abord être atteint; s'il est atteint, l'assemblée est compétente pour délibérer; puis on passe au vote. Chaque associé a



autant de voix qu'il a de parts. L'article 28 ajoute même qu'il ne peut pas en être autrement.

On décompte les voix *pour* et on décompte les voix *contre*. Si le nombre des voix *pour* l'emporte sur le nombre des voix *contre*, la résolution est adoptée.

Ce système est tellement simple, tellement logique, tellement en harmonie avec tout le restant de la loi qu'on se demande comment il a pu rencontrer des contradictions.

De nombreux et notoires contradicteurs se sont cependant rencontrés.

Pour eux, la *majorité des associés*, c'est la moitié plus un des individus qui, dans leur personne physique, assistent à l'assemblée <sup>1</sup>.

Certains des auteurs de droit qui ont émis cette interprétation sont des juristes éminents.

Nous nous permettons cependant d'estimer que nous ne comprenons pas comment une telle opinion peut être formulée.

Elle est en contradiction avec le texte législatif.

Car enfin, l'article 31 ne peut être dissocié de l'article 28, et quand le législateur parle, dans l'article 31, de la majorité des associés, alors qu'il vient de dire, trois articles plus haut, que les associés ont, obligatoirement, une voix par part, c'est que la majorité qu'il a en vue est une majorité de parts, c'est-à-dire une majorité qui se décompte d'après la seule valeur estimative que la loi accorde à un associé. Si le législateur avait voulu changer de valeur estimative, il l'aurait dit.

L'opinion contraire est encore en contradiction avec la volonté, maintes fois affirmée par le législateur au cours des débats parlementaires.

Car le législateur a voulu que la société à responsabilité limitée soit une société de famille où un père ferait entrer ses enfants, où un patron bienveillant ferait entrer ceux de ses ouvriers qu'il estimerait méritants.

Et c'est dans cette pensée que le législateur a écarté une première disposition où il était dit, par reflet du code fédéral suisse, qu'un associé ne pourrait, à lui seul, posséder plus du tiers des voix.

Ce texte a été écarté. Pourquoi? Parce qu'on a dit que si ce père ou ce patron, que le législateur avait en vue, se trouvait bridé dans sa souveraineté, il resterait le père et le patron, il laisserait son entreprise sous sa forme individuelle, il ne la transformerait pas en une trop dan-

1. Albert Wahl, *Sem. Jurid.* 1927.401; Pic et Baratin, 365; Houpin et Bosvieux, 1571; Lépargneur, 33; Drouets, 381.

gereuse société, et il n'y ferait pas rentrer ou ses enfants ou ses ouvriers <sup>1</sup>.

Le législateur a compris l'objection. Le texte primitif a été écarté. La limitation quant au droit de vote a été supprimée.

Et c'est à ce père, à ce patron, désireux quand même de rester maître chez lui, à qui le législateur viendrait dire : Tu conserves quatre vingts pour cent de ton avoir; tu donnes vingt pour cent de cet avoir à dix collaborateurs.

Et avec tes quatre-vingts pour cent, tu auras une voix en face de dix contradicteurs possibles? Demain, dans une assemblée générale à laquelle tu auras l'imprudence d'assister, ce qui en assurera le *quorum*, tu pourras être froidement révoqué par des associés, qui, au point de vue capitaux, ne seront qu'une poussière, mais qui auront pour eux le nombre individuel.

Certains auteurs trouvent cela tout naturel. Ils voient dans cette prétendue exigence du législateur un contre poids voulu par lui.

Mais ce contre poids n'existe que dans leur imagination.

Les débats parlementaires et le rapport Manceau disent expressément le contraire.

Enfin, cette opinion opposée à celle que nous préconisons est nettement contradictoire avec la très générale pensée du législateur, telle que cette universelle pensée se manifeste dans tout le restant de la loi, le *quorum* étant toujours calculé d'après les capitaux et non d'après les personnes, le vote dans les assemblées de l'article 27 étant calculé d'après les capitaux et non d'après les personnes, les votes émis dans les assemblées réunies sur deuxième convocation se décomptant d'après les votes émis, c'est-à-dire proportionnellement au nombre des parts présentes ou représentées.

Ah, sur ce point spécial, tout le monde est d'accord. Et on se contente de dire, en souriant, qu'il ne faut pas considérer comme une chose anormale que le législateur exprime ses idées de travers <sup>2</sup>.

Nous pensons que ce reproche est immérité.

De toute manière, nous pensons qu'il est préférable d'adopter la solution logique, harmonique, celle qui ne fait pas dire au législateur une autre chose ou une autre pensée que celles exprimées une ligne plus haut ou une ligne plus bas, et nous pensons agir ainsi dans le bien et dans le droit, nous souvenant du Patriarche, qui eut trois fils, dont l'un

1. Comp. en ce sens, note au D. P. 1925, IV, p. 175, colonne 3. — Ce sont là très exactement les termes de M. Manceau, rapporteur de la loi.

2. Comp. Pic et Baratin, n° 273.

seulement fut irrespectueux, et qui, pour cette faute, fut réprouvé jusque dans sa plus lointaine descendance.

**83. Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire. Admission de nouveaux associés.** — Comme nous l'avons indiqué *suprà*, n° 80, l'assemblée générale, dite extraordinaire, et soumise aux règles spéciales de l'article 31, est toute assemblée appelée à statuer sur une question autre qu'une pure question d'administration. L'assemblée extraordinaire aura donc à fonctionner chaque fois qu'il s'agira, pour les associés, de prendre une décision apportant une modification au texte de l'acte statutaire originairement accepté.

Au premier rang de ces modifications figurera un changement d'associé.

Nous nous sommes expliqués sur ce point, *suprà*, n° 51.

Nous avons vu que lorsqu'un associé voulait céder tout ou partie de ses parts à un tiers, jusqu'à présent étranger au cercle fermé des associés, il fallait recourir à une assemblée générale appelée à donner un consentement d'une essence analogue à celle qu'un pouvoir concédant est appelé à donner au titulaire d'un office ministériel qui cède sa charge à un acquéreur.

Le consentement donné par l'assemblée générale porte sur la personnalité du nouvel associé, et non sur la cession envisagée en elle-même, car notamment les associés peuvent ne pas se voir divulguer les conditions pécuniaires de la cession.

L'Assemblée appelée à donner le consentement de la masse collective des associés est une assemblée de l'article 31, puisque l'article 22 de la loi de 1925 reproduit les termes exacts de l'article 31; la cession n'est valable qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social.

On peut même voir dans cette analogie totale entre l'Assemblée de l'article 22 et celle de l'article 31 une preuve nouvelle en faveur de la théorie que nous avons soutenue au paragraphe précédent quant à l'interprétation qu'il convenait de donner à ces mots *la majorité des associés*.

Le législateur de 1925 a été nettement désireux de voir les sociétés à responsabilité limitée se propager dans le monde industriel moyen, il a été nettement désireux d'offrir aux patrons moyens une formule leur permettant d'intéresser certains de leurs ouvriers aux résultats de leur entreprise. Dès lors, comment supposer que ce même législateur aurait établi une formule de société d'après laquelle ce patron, large-

ment majoritaire, mais ne comptant que pour une tête, n'aurait jamais pu céder une quelconque de ses parts à un fils devenu majeur, ou à quelques autres ouvriers qu'il aurait été désireux de favoriser à leur tour, sans l'assentiment de ses ouvriers associés, lesquels, incontestablement minoritaires au point de vue capitaux, constitueraient néanmoins la majorité, si on les décompte par tête?

Nous ne pouvons que renvoyer ici à ce que nous disons plus haut, n° 51, en faisant toutefois remarquer que les plus fréquentes assemblées extraordinaires qui auront à être tenues au cours de la vie sociale d'une société à responsabilité limitée seront celles appelées à voter sur un changement dans la liste nominative des associés.

Nous avons indiqué, *suprà*, n° 55, que les statuts pouvaient contenir une clause autorisant par avance les cessions de parts qui seraient faites à telles personnes explicitement et nommément désignées, créant ainsi une sorte de liste d'associés stagiaires et préventivement agréés.

Si une liste de cette nature devait être créée en cours de vie sociale, ou si une adjonction venait à être apportée à une liste déjà établie, ce ne pourrait être que l'œuvre d'une assemblée extraordinaire.

**84. Nomination et révocation de gérants.** — L'Assemblée appelée à se prononcer sur la nomination ou la révocation d'un gérant sera encore une assemblée de l'article 31, le nom du gérant faisant partie intégrante des statuts, et figurant, aux termes de l'article 14, dans les éléments statutaires dont extrait doit être publié dans un journal d'annonces légales.

Nous avons examiné ce point, *suprà*, nos 62, 63 et 67.

A la nomination d'un gérant, doit être pleinement assimilée la nomination d'un co-gérant.

Nous avons indiqué plus haut, aux alinéas que nous venons de citer, toutes les observations auxquelles donnaient naissance ces nominations et ces révocations de gérants.

Quant aux membres du Conseil de surveillance, nous pensons qu'une assemblée de l'article 31 n'est pas nécessaire pour procéder à leur endroit soit à une nomination, soit à une révocation.

Comme nous le verrons, *infra*, n° 92, le Conseil de surveillance n'est rien autre chose qu'un organe de contrôle se substituant à l'associé qui, dans les sociétés minimales, de moins de vingt membres, a un certain droit individuel et permanent de contrôle.

Un semblable organe, d'ordre purement interne, ne dépend théori-



quement que des assemblées ordinaires, elles-mêmes compétentes pour tous actes d'administration.

Pour en décider autrement, il faudrait que le nom des membres du Conseil de surveillance fasse partie intégrante des statuts. Il n'en est rien. L'article 14 ne les vise pas.

Le sort des membres du Conseil de surveillance dépend donc de l'article 27 et non pas de l'article 31.

Il en résultera peut-être une difficulté pratique.

Car le vote est acquis, dans les assemblées de l'article 27, seulement au cas où la majorité qui se prononce en faveur d'une résolution proposée réunit la moitié du capital social. Si la désignation des membres du Conseil de surveillance ne réunissait pas cette moitié du capital social, aucune nomination ne pourrait être effectuée. Et, dans les sociétés de plus de vingt membres, il en résulterait une situation contraire aux prescriptions de la loi qui ne pourrait que provoquer la dissolution anticipée de la société.

**85. Augmentation de capital.** — Une société à responsabilité limitée se trouvera, plus fréquemment peut-être qu'une société anonyme, dans la nécessité d'augmenter son capital, ayant, du premier coup, toutes ses ressources en caisse, puisque la loi de 1925 n'admet pas les souscriptions restant à libérer pour un ou plusieurs quarts. L'augmentation de capital sera donc une opération assez normale pour une société à responsabilité limitée, et aucune critique ne pourrait lui être adressée, à elle ou à ses représentants légaux, pour n'avoir pas, du premier coup, établi son capital à un chiffre définitif <sup>1</sup>.

Toute augmentation de capital suppose deux périodes bien distinctes : dans la première période intervient une autorisation de principe, par laquelle les représentants légaux de la société sont habilités en vue de recueillir des fonds en accordant à ceux qui les versent la promesse d'un droit social; dans la seconde période interviennent tous les actes ou toutes les formalités destinées à réaliser matériellement ou juridiquement l'augmentation de capital tout d'abord décidée dans son principe seulement.

a) *Décision de principe.* — Si une société à responsabilité limitée est, par exemple, au capital de 100.000 francs, et que ses dirigeants estiment

1. Comp. sur les exigences, pour nous entièrement injustifiées, qui se sont parfois fait jour en cette matière à l'occasion de sociétés anonymes : Pont n° 864; Duvergier, *Collection des lois*, 334; Thaller, 695; Arthuys, 621.

profitable pour elle de pouvoir disposer d'un capital atteignant un million de francs, les représentants de la société ne peuvent, sans une habilitation spéciale, procéder d'eux-mêmes à l'agrégation des souscriptions et des fonds.

Ils ne sont en effet mandatés que pour la seule gestion des affaires sociales. Ils excéderaient le mandat qui leur a été donné en procédant spontanément à des actes qui auront pour conséquence nécessaire une modification des statuts.

Les gérants d'une société à responsabilité limitée ne peuvent donc pas, sur leur seule initiative, accepter des fonds versés à titre de souscription à une future augmentation de capital, car l'acceptation qu'ils donneraient de ces fonds entraînerait de leur part la promesse de faire attribuer certains droits sociaux à celui qui les verse.

Les gérants n'ont pas qualité ni pour attribuer des droits sociaux, ni pour en promettre.

Ils ne doivent agir en ce sens qu'en vertu d'un mandat spécial.

Ce mandat spécial, ils doivent le demander à une assemblée générale des associés.

Cette assemblée générale devra obéir aux règles posées dans l'art. 31, puisqu'il s'agit de décider d'une opération devant finalement aboutir à une modification statutaire.

Quand un tout se trouve divisé en deux parties, chacune de ces deux parties procède de l'ensemble et en garde la nature intrinsèque<sup>1</sup>.

Bien entendu, les statuts peuvent, dès l'origine, contenir une clause prévoyant l'augmentation du capital social et donner mandat aux gérants d'en poursuivre la réalisation quand ils le jugeront à propos et selon les conditions qu'ils estimeront les meilleures.

En pareil cas, les gérants sont dûment habilités et ils peuvent recueillir des fonds provenant de certains souscripteurs en accordant à ces derniers la promesse d'un droit social.

Nous verrons, au cours d'un alinéa prochain, qu'une semblable promesse ne peut jamais être que conditionnelle si elle est donnée à une personne qui ne fait pas déjà partie du cercle restreint des associés.

b) *Réalisation*. — Une fois les gérants dûment mandatés pour procéder à cette opération exceptionnelle de la vie sociale, ceux-ci doivent rechercher les souscriptions nécessaires pour couvrir l'augmentation de capital décidée dans son principe.

Une augmentation de capital est une opération qui conserve cer-

1. Comp. Copper Royer, II, n° 522.

taines analogies avec la formation même de la société <sup>1</sup>. Certaines règles identiques s'imposent. Des sanctions analogues peuvent se trouver encourues.

Mais ce qui distingue essentiellement une augmentation de capital de toute constitution sociale, c'est que l'augmentation de capital, quelque considérable soit-elle, ne crée pas un être moral nouveau. L'augmentation de capital n'est jamais qu'une modification statutaire. L'Être moral, même démesurément grossi au point d'en être méconnaissable, reste le même <sup>2</sup>.

Le gérant, mandaté pour une augmentation de capital, doit donc rechercher des souscriptions de la même manière qu'un fondateur recherche les souscriptions qui lui serviront pour assurer la constitution de la société.

Mais le fondateur a toute liberté pour agréer tel ou tel souscripteur.

Le gérant n'a pas une même liberté.

Le gérant doit obligatoirement s'adresser aux associés.

Le droit de souscrire les parts nouvelles est un droit social, qui naît à l'intérieur du cercle fermé des associés, et qui ne peut en sortir sans une disposition expresse et formelle.

Chacun des associés a donc, dans son patrimoine individuel, attaché au droit social par lui acquis du fait de sa souscription originaire, le droit de souscrire les parts nouvelles au prorata des droits sociaux antérieurs par lui possédés.

Conférer le droit de souscrire ces parts nouvelles à un seul des associés ou à un tiers, c'est conférer un avantage particulier <sup>3</sup>.

Le gérant ne peut, sans une autorisation expresse, conférer un semblable avantage particulier, dont le caractère social est indéniable.

Mais autre chose est de retirer brutalement à tous ayants droit la faculté de souscrire les parts nouvelles, autre chose est d'en régler l'exercice de manière à ce qu'une opération sociale, qui apparaît comme souhaitable, ne puisse être indéfiniment retardée.

Le gérant peut donc fixer les conditions de l'émission, impartir un délai aux associés, et décider que ce délai une fois expiré, ceux des associés qui n'auront pas exercé leur droit de souscription, par une manifestation de volonté accompagnée d'un versement effectif, seront déchus de leurs droits, le gérant se réservant alors la faculté de faire souscrire les parts non réclamées par d'autres associés ou même par des tiers.

1. Comp. Copper Royer, II, 568.

2. Comp. notamment en ce sens, Req. 24 mai 1869, D. P. 69.1.323.

3. Comp. en ce sens, Trib. comm. Seine, 6 mai 1930, *Sem. Jurid.* 1931.241,

Dans le langage boursier, ces parts non souscrites par leurs ayants droit naturel s'appellent des orphelins.

Il faut convenir du reste que l'assemblée générale qui est appelée à se prononcer sur le principe même d'une augmentation de capital pourrait, sans grandes difficultés, soit accorder préventivement au gérant le droit de faire souscrire les parts nouvelles par tous ceux qu'il sollicitera directement, soit accorder ce droit de souscription à une ou à plusieurs personnes nommément désignées.

Il y aura bien, en pareil cas, attribution d'un avantage particulier. Mais l'attribution d'un avantage particulier ne se trouve pas réglementé dans la loi du 7 mars 1925. De telle sorte que l'on peut légitimement admettre qu'une assemblée générale de l'article 31 est compétente pour le décider et pour le conférer.

On se trouve alors placé hors du domaine de la loi de 1867 sur les sociétés anonymes; et, en rentrant dans le domaine propre à la loi du 7 mars 1925, on entre, presque sans s'en douter, dans le domaine de la loi suisse, où les apports en nature et les avantages particuliers n'ont nul besoin d'être spécialement approuvés<sup>1</sup>.

Les associés peuvent stipuler par un acte de simple volonté.

c) *Droits et devoirs des gérants.* — Une fois nanti de ce mandat spécial qui leur est nécessaire, les gérants doivent recueillir les souscriptions nécessaires pour que le capital nouveau soit souscrit et versé.

Pour permettre aux associés d'exercer le droit de souscription préférentielle qui ne peut leur être refusé, ni même contesté, les gérants devront d'abord aviser individuellement chaque associé en leur indiquant les conditions de l'émission nouvelle et les délais à l'intérieur desquels ils peuvent exercer leur droit préférentiel.

Ce délai expiré, les gérants peuvent rechercher des souscripteurs nouveaux, soit que les souscriptions soient alors données par des personnes étrangères à la société, soit que ces souscriptions nouvelles soient données par une personne qui est déjà associée mais qui agit en dehors des limites du droit préférentiel que lui donnaient les parts qu'elle possède.

Si les souscriptions sont recueillies de personnes étrangères à la société, les gérants ne peuvent les accepter que sous certaines réserves que nous examinerons plus loin. En tout état de cause, aucune souscription ne peut être recherchée par le moyen d'une souscription publique (article 4, § 4).

1. Code fédéral des Obligations, article 619, § 1, — Virgile Rossel, *Manuel du droit fédéral des oblig.*, t. II, p. 91.



Les gérants peuvent déterminer toutes les conditions de l'émission, et nous venons de voir qu'ils pouvaient notamment fixer le délai pendant lequel s'exercerait le droit préférentiel de souscription reconnu aux associés. Ils peuvent notamment décider que la souscription ne sera acceptée que moyennant le paiement d'une prime d'émission dont ils détermineront le montant<sup>1</sup>.

Toute décision inverse serait strictement illicite; aucune part ne peut être souscrite au-dessous du pair. Aucune stipulation ne peut donc intervenir pour permettre à un souscripteur, par un moyen direct ou par un moyen indirect, de verser dans la caisse sociale une somme inférieure à celle qui correspond au capital nouveau qui figurera aux statuts de la société.

Les gérants doivent exiger de tous les souscripteurs le versement intégral et immédiat de la somme qui correspond à la souscription qui est donnée.

D'une manière générale, toutes les règles qui s'imposent à un fondateur s'imposent aux gérants en cas d'augmentation du capital social.

Il faut cependant faire une observation en ce qui concerne les modalités possibles de libération par un souscripteur, suivant qu'il s'agit d'une société en voie de formation ou suivant qu'il s'agit d'une société qui se contente d'augmenter son capital.

Les versements qu'il convient de faire à une société en voie de formation ne peuvent être effectués autrement que par une remise matérielle de fonds. L'article 7 dit que les parts doivent être libérées intégralement; cette disposition législative ne reproduit pas exactement les termes dont le législateur du 1<sup>er</sup> août 1893 s'est servi pour modifier l'article 1<sup>er</sup> de la loi sur les sociétés par actions; le législateur de 1925 ne parle plus *du versement en espèces, par chaque actionnaire, du montant des actions*. Il se contente de dire que les parts doivent être entièrement libérées. Mais nous pensons que ces termes se suffisent à eux-mêmes, surtout si on admet, avec nous, que la société à responsabilité limitée est une société de capitaux.

Une société de capitaux, c'est bien une société dont la solvabilité ne consiste absolument que dans les apports faits par les associés. Les apports ne peuvent être que de deux sortes: il y aura les apports en espèces et les apports en nature.

Tout apport qui n'est pas un apport en espèces ne peut être qu'un apport en nature.

1. En ce sens, Pic et Baratin, 373.

Comp. Copper Royer, II, 568.

Tout apport en nature doit, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 7, être entièrement libéré *au moment de la constitution de la société*, ou, si l'opération se fait en cours de vie sociale, au moment où se réalise l'augmentation du capital. Par conséquent, toute souscription qui ne serait libérée qu'au moyen d'un titre comportant un crédit ne sera qu'une souscription libérée au moyen d'un apport en nature. Et cet apport en nature ne serait pas entièrement libéré s'il consistait en un moyen de crédit ne devant procurer une entrée d'espèces en caisse qu'à une époque postérieure.

Mais on ne peut qu'admettre la validité d'un versement effectué par compensation avec une dette liquide et exigible de la société elle-même envers le souscripteur. Le paiement par compensation équivaut à un paiement en espèces; puisque tout se passe comme si, en une période de temps quasiment instantané, le créancier de la société commençait par recevoir de celle-ci une somme qu'elle lui doit et qu'il est en droit d'exiger, puis, aussitôt, ce créancier, qui est aussi un souscripteur, reverse dans la caisse sociale les fonds qu'il vient d'en recevoir, effectuant ce versement pour se libérer de sa souscription<sup>1</sup>.

Cette solution avait toujours été admise sans difficulté par la jurisprudence<sup>2</sup>, mais un arrêt récent de la Chambre civile<sup>3</sup> a cru devoir apporter dans ce concert unanime une note discordante en distinguant les créances ordinaires et les créances en compte-courant. Dans ce dernier cas, un souscripteur ne pourrait valablement se libérer par le moyen d'un débit contrepassé à un compte courant existant entre la société et lui, alors même que ce compte courant se solde, au jour de cette écriture comptable, par un crédit suffisant.

Brutalement énoncée, la doctrine de cet arrêt semble heurter les principes du droit.

Nous pensons qu'il ne faut en retenir qu'une pensée se rapprochant plus de la pratique que de la théorie. Et qu'il convient de rechercher, dans chaque cas d'espèce, comment est devenu créancier le compte courant avec le crédit duquel le souscripteur veut compenser les sommes par lui dues à la caisse sociale du fait de sa souscription.

Nous venons de voir par exemple qu'il est impossible qu'un souscripteur se libère en remettant une traite acceptée.

1. Sur les effets immédiats de la compensation, conf. Hémard, *Traité élémentaire de droit civil*, n° 1750.

2. Comp. notamment Crim. rejet, 26 février 1904, D. P. 1905.1.17; Lyon, 6 mai 1904, J. Soc. 1905.119; Paris, 23 mars 1909, J. Soc. 1909.406.

3. Civ. cass, 17 décembre 1930, D. H. 1931.100.

Grâce à l'existence d'un compte courant, la fraude deviendrait d'une élémentaire facilité : le titulaire d'un compte courant commencerait par gonfler le crédit de son compte en remettant une ou plusieurs traites dont la société le crédite par le débit du compte. « Effets à recevoir ». Et, aussitôt après, le titulaire du compte courant, devenu souscripteur, se libérerait en faisant débiter son compte courant.

C'est ainsi seulement que peut s'expliquer la rigueur de l'arrêt de la Chambre civile.

Il n'en est pas moins exact que le principe de la compensation peut souvent prêter à certaines incorrections aboutissant à dissimuler sous le couvert d'une souscription qui est donnée apparemment en espèces une véritable souscription par remise d'apports en nature : il suffit de faire acquérir par la société certains biens qui lui sont vendus — payables à court terme — par celui qui se promet d'être, plus tard, souscripteur de la société. La société décide d'augmenter son capital. Entre temps, la dette de la société est venue à échéance. Le vendeur possède donc une créance liquide et exigible. Il souscrit. Il libère par compensation. En apparence, sa souscription est une souscription libérée en espèces. En fait, cette souscription fut libérée par une remise faite en nature. Les responsabilités de l'article 8 sont éludées.

Une augmentation de capital, décidée dans son principe, et portant sur un chiffre déterminé, peut n'être réalisée que partiellement. Les gérants ont le droit de ne procéder que progressivement et par tranches successives à l'opération totale en vue de laquelle ils ont été mandatés. Nous avons vu que les gérants avaient compétence pour fixer les modalités de l'émission : c'est en fixer une modalité que de décider de n'y procéder que par paliers successifs.

Une autre difficulté peut se produire lorsque les gérants ont tout d'abord décidé de procéder à l'augmentation totale et ont en conséquence recueilli différentes souscriptions. Mais les souscriptions demeurent en nombre insuffisant. Les gérants peuvent-ils décider de clôturer l'émission et de l'arrêter provisoirement à un chiffre inférieur à celui qu'ils avaient tout d'abord annoncé comme celui qu'ils voulaient obtenir?

Il semble que non. Tout réside ici dans une interprétation de la volonté présumée des parties. Le souscripteur qui a adhéré à une augmentation de capital de cinq millions ne peut voir utiliser sa souscription pour une augmentation de capital de un million seulement, à moins de quelque clause contraire préalablement stipulée. Les conditions du contrat

primitif ayant changé, le consentement du souscripteur doit être à nouveau obtenu.

L'augmentation de capital peut être réalisée, pour le tout ou pour partie, par le moyen d'un apport en nature fait à la société.

En pareil cas, les parties devront ponctuellement obéir aux prescriptions des articles 7 et 8.

L'article 7 dit que les parts correspondant à des apports en nature doivent toujours être entièrement libérées.

Nous nous sommes expliqués sur ce point, nos 10 et suivants.

L'article 8 dit que l'acte de société doit contenir l'évaluation des apports en nature.

Le gérant qui, au moment d'une augmentation de capital, accepte un souscripteur qui propose de se libérer au moyen d'un apport en nature doit donc passer avec ce souscripteur un contrat provisoire qui s'analysera comme un contrat d'apport, le souscripteur déclarant souscrire un nombre déterminé de parts en s'obligeant à les libérer au moyen d'un bien en nature dont la description et l'évaluation sera donnée, le gérant acceptant provisoirement cette souscription et le mode de libération qui en est la condition essentielle, sous la condition suspensive d'un agrément de ces apports par l'assemblée générale des associés.

Somme toute, une souscription libérée au moyen d'un apport en nature est une souscription conditionnelle comme est celle donnée par un souscripteur jusqu'à présent étranger au cercle fermé des associés.

Les fonds versés par les souscripteurs en libération de l'engagement social qu'ils prennent doivent être remis au gérant. Mais ce dernier ne les reçoit qu'à titre de dépôt. Il ne peut les utiliser préventivement. La société ne peut s'en servir puisqu'il n'est pas encore certain que les parts nouvelles, — qui sont la contre partie des fonds versés — pourront être attribuées aux ayants droit. Cela ne deviendra certain que lorsqu'une nouvelle assemblée générale aura ratifié les opérations du gérant et aura dûment voté les modifications statutaires qui sont la conséquence nécessaire de l'augmentation de capital et qui ne peuvent être votées à titre définitif que lorsque toute l'opération est arrivée à sa complète perfection.

Le gérant qui reçoit successivement, des souscripteurs qui s'offrent à lui, les fonds libérant intégralement leur souscription fera donc toujours œuvre sage en déposant ces fonds en banque, en un compte spécialisé, qui ne deviendra librement disponible qu'une fois tenue la deuxième assemblée générale qui doit intervenir,



d) *Assemblée générale.* — Une fois les souscriptions recueillies et les fonds versés, les gérants doivent, à nouveau, convoquer les associés en une assemblée générale. Ils y rendront compte du mandat spécial dont ils avaient été investis et ils donneront aux associés toutes explications utiles. Ces explications porteront essentiellement sur deux points :

L'importance des fonds recueillis et leur versement effectif;

La personnalité des souscripteurs.

Sur l'importance des fonds recueillis et sur leur versement effectif, nous n'avons rien de particulier à dire. Il y aura là une formalité exactement comparable à celle qui intervient à l'occasion d'une augmentation apportée au capital d'une société anonyme. Seulement, en pareil cas, le Conseil d'administration doit faire par devant notaire une déclaration. Ici, la déclaration est faite directement devant les associés, lesquels auront alors à se prononcer sur les modifications qu'il convient d'apporter en conséquence au texte des statuts sociaux.

Ces modifications statutaires doivent être accompagnées d'une déclaration faite par les gérants en exercice qui certifieront que toutes les conditions fixées en l'article 7 ont bien été remplies en ce qui concerne les parts nouvelles divisant la fraction nouvelle du capital.

Si une partie de ce capital nouveau a été libérée au moyen d'un apport en nature, toutes explications utiles devront être fournies directement à l'assemblée, celle-ci devant se prononcer en connaissance de cause, mais pouvant légalement le faire sans l'intermédiaire d'un commissaire aux apports.

La personnalité des souscripteurs nouveaux doit aussi être mentionnée.

Si tous ceux qui ont souscrit les parts nouvelles faisaient déjà partie du cercle des associés, aucune observation particulière ne doit nécessairement intervenir.

Il n'en est pas de même au cas où tout ou partie des parts nouvelles ont été souscrites par des personnes jusqu'à présent étrangères au cercle des associés. Nous avons étudié, *suprà*, n° 51, les règles particulières qu'impose l'article 22 au cas où des parts sociales sont cédées à des tiers étrangers à la société.

Sans doute, en pareil cas, il n'intervient aucune cession, au sens propre du mot : une part, déjà créée, ne passe pas du patrimoine individuel d'un associé dans le patrimoine individuel d'un étranger.

Mais le fait qui se réalise est exactement identique, dans son essence et dans son résultat. La famille des associés voit de nouveaux membres introduits dans son sein. Et cette intrusion est l'œuvre des seuls gé-

rants, notoirement incompétents pour l'imposer à la masse collective des associés.

Par conséquent, si tout ou partie des parts nouvelles sont souscrites par des tiers, jusqu'à présent étrangers à la société, l'assemblée générale doit, par une résolution spéciale, se prononcer sur leur admission.

L'assemblée générale, après avoir constaté, avec tous documents utiles à l'appui, la réalité des adhésions nouvelles obtenues par les gérants, la matérialité des versements effectués, la sincère évaluation donnée aux apports en nature servant à libérer certaines parts, et, aussi, après s'être prononcée affirmativement sur l'admission de ceux des souscripteurs nouveaux qui ne faisaient pas déjà partie du cercle fermé des associés, constatera le parfait accomplissement du mandat spécial conféré aux gérants en vue de l'augmentation du capital social, et, par voie de conséquence, la réalisation définitive de cette augmentation de capital.

Elle votera les modifications statutaires qui sont la conséquence nécessaire du nouvel état de choses.

Les gérants en exercice y apporteront l'appoint de leur déclaration expresse, conformément à la prescription formulée impérativement par le troisième alinéa de l'article 7.

Tout sera terminé, et il ne s'agira plus que de procéder aux formalités de publicité légale.

e) *Règles de publicité.* — Nous avons indiqué *suprà*, n° 29, les formalités de publicité légale auxquelles il devait être satisfait, par les soins des représentants légaux de la société, dans le mois qui suit l'époque de la constitution définitive.

Aux termes de l'article 17, tous les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts et tout changement d'associé sont soumis aux formalités et aux sanctions prévues par les articles 12 et 13.

Nous nous sommes expliqués sur tous ces points, nos 29 et suivants.

f) *Incorporation de réserves et réévaluation d'actif.* — L'augmentation du capital statutaire d'une société à responsabilité limitée peut s'effectuer par une incorporation, au compte créateur du capital, de la valeur d'un autre compte créateur de Réserve. Il suffit que le compte créateur dont il sera ainsi fait emploi corresponde à un compte débiteur d'une valeur vénale actuelle et certaine. C'est écarter tous les comptes de réserve qui ne sont en réalité que des comptes d'amortissement ou de provision<sup>1</sup>.

1. Comp. sur ces différents points Copper Royer, II, 568 bis

L'incorporation au compte créateur de Capital de la valeur apparente figurée par un compte de réserve qui ne serait en réalité qu'un compte d'amortissement ou qu'un compte de provision serait une faute grave, qui aboutirait probablement à la nullité de l'augmentation de capital, le capital nouveau statutairement annoncé n'étant pas, en sa totalité, à la disposition de la société, et les parts sociales ne devant en conséquence pas être réputées libérées intégralement.

Ce fait constituerait-il le délit de l'article 37 § 2 ?

Cela ne paraît pas douteux, puisque cet article 37 vise toute déclaration fausse concernant la libération des associés. Or, la déclaration faite à l'occasion d'une augmentation de capital réalisée, fût-ce partiellement, au moyen de comptes ne correspondant qu'à des valeurs amorties, c'est-à-dire pécuniairement inexistantes, serait une déclaration fausse.

La sanction énoncée en l'article 37 a sa base dans une notion de protection. Cette protection couvre surtout les tiers, appelés à traiter avec la société et à lui faire confiance en proportion du capital dont elle affirme l'existence.

La déclaration certifiant l'existence d'un capital composé, partiellement peut-être, au moyen de valeurs actives ayant subi une dépréciation est une déclaration fausse, susceptible de mettre en jeu l'action publique et les sanctions de l'article 37. (Comp. *suprà*, n° 38).

L'article 37 dit que la responsabilité pénale, en cas de fausse déclaration, incombe aux fondateurs qui, dans l'acte de société, ont procédé à cette déclaration.

Malgré le caractère restrictif qu'il convient d'attribuer à toute disposition de droit pénal, il ne paraît guère discutable que cette responsabilité pénale incombe, en cas d'augmentation de capital, aux gérants en exercice qui ont à formuler une affirmation exactement identique, dans sa forme et dans ses conséquences, à celle que la loi impose aux fondateurs.

En matière de sociétés anonymes, la jurisprudence a toujours admis que les prescriptions légales fixées par le législateur pour le cas d'une constitution de société s'appliquaient à toute augmentation de capital. Les conséquences sont en effet les mêmes si le capital initial est faussement annoncé aux tiers, ou si le mensonge porte sur un capital qui ne fut réuni que postérieurement à la constitution de la société. La sanction grave édictée par le législateur ayant à sa base une volonté de pro-

téger les tiers, cette sanction ne peut manquer d'être appliquée dans un cas comme dans l'autre <sup>1</sup>.

L'augmentation de capital d'une société à responsabilité limitée peut se réaliser par le virement au compte créditeur de capital d'une valeur extraite d'un compte créditeur de réserve, si ce compte de réserve correspond à des valeurs actives existant incontestablement en excédent de toutes celles qui sont nécessaires pour couvrir et le passif externe et les comptes créditeurs du Capital et de la Réserve légale. Dans ce cas, il y a seulement virement à un compte de passif non exigible et non distribuable du montant d'un compte de passif susceptible d'une appropriation en cours de vie sociale.

L'opération peut se matérialiser soit par la création de parts nouvelles, soit par l'augmentation de la valeur nominale statutairement attribuée à chaque part.

S'il y a création de parts nouvelles, ces parts doivent faire l'objet d'une répartition entre les associés, lesquels se les verront attribuer au prorata de leurs droits sociaux.

Cette répartition des parts nouvelles est considérée, par l'Administration, comme équivalant à une distribution effective des réserves; elle entraîne par conséquent une taxation quant à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières et quant à l'impôt complémentaire et global.

En s'appuyant sur l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 15 février 1923 <sup>2</sup>, on peut très légitimement soutenir que, en pareil cas, seul, l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières est susceptible d'être perçu, les parts sociales remises aux associés en augmentation de leurs droits primitifs n'étant pas négociables, ne pouvant être transmises que suivant une réglementation légale qui s'impose aux parties avec plus de force encore que la réglementation contractuelle sur le vu de laquelle a statué le Conseil d'Etat et ne constituant par conséquent pas une valeur disponible.

Mais, quelle que soit la forme sous laquelle s'effectue la distribution

1. Comp. en ce sens, Req. 5 novembre 1879, D. P. 80.1.126; Crim rejet, 17 juillet 1885, D. P. 86.1.273; Req. 2 mai 1887, S. 87.1.318; Riom, 15 décembre 1886, D. P. 87.2.246; Paris, 28 décembre 1886, S. 88.2.37; Paris, 28 juillet 1887, D. P. 88.2.137 Req. 19 novembre 1892, D. P. 92.1.593; Angers, 7 décembre 1903, *J. Soc.* 1904.325; Paris, 21 mars 1905, *J. Soc.* 1905.358.

Comp. toutefois la note de M. Levillain, au D. P. 90.2.266, sous Paris, 9 février 1888.

2. *J. Soc.* 1923.237.



des réserves, la taxe sur le revenu des valeurs mobilières est toujours due<sup>1</sup>.

— Il est plus délicat d'admettre la revalorisation.

Revaloriser, c'est attribuer à un élément actif, décompté dans la comptabilité par balance de sortie, une estimation supérieure à celle qui avait été attribuée à ce même élément au jour initial de la balance d'entrée.

Une revalorisation est une opération normale pour certains éléments composant les comptes débiteurs de l'actif, c'est-à-dire pour toutes les valeurs susceptibles d'être cotées dans une bourse ou dans un marché. Les valeurs du Portefeuille, ou les valeurs du stock sont, chaque année, susceptibles d'une revalorisation suivant les fluctuations du cours officiel dans les Bourses ou les marchés.

Le principe de la revalorisation a encore été admis par la circulaire n° 2032 de la Direction générale des Contributions directes, en date du 25 janvier 1930, mais comme la revalorisation visée dans cette circulaire ne se justifie que par des considérations tirées du cours des changes de 1918 à 1928, aucune société à responsabilité limitée ne peut en utiliser le mécanisme comptable, puisqu'une société à responsabilité limitée est forcément postérieure au 7 mars 1925, époque où le franc français avait déjà atteint une dépression considérable.

Cependant, on peut admettre l'hypothèse d'une société, constituée sous une autre forme dès 1910 ou 1913, et ultérieurement transformée en société à responsabilité limitée; une semblable société pourrait évidemment se recommander de la circulaire du 25 janvier 1930 et en appliquer les directives à tous les postes de sa comptabilité.

Au sens propre du mot, la revalorisation, en dehors des deux cas spéciaux que nous venons de signaler, est une opération comptable qui consiste à estimer, par balance de sortie, un élément de l'inventaire pour une valeur vénale supérieure à celle figurant à la balance d'entrée, sans que, dans l'intervalle, aucune dépense ait été faite pour donner à cet élément de l'actif une valeur complémentaire.

1. Comp. Req. 15 juin 1915, D. P. 1916.1.209 (remise d'un titre non négociable); — Civ. rej. 8 janvier 1889, D. P. 89.1.131; Civ. cass. 26 octobre 1892, D. P. 93.1.258; Req. 9 février 1887, D. P. 87.1.439; Civ. rej. 31 octobre 1927, D. H. 27.558 (valeur supérieure attribuée aux titres anciens); — Req. 8 juin 1926, D. *Hebd.* 1926.361 (distribution d'une réserve constituée grâce à un bénéfice réalisé à l'étranger); — Req. 3 mars 1930, D. P. 1930.1.29 (attribution sous forme d'actions nouvelles d'une prime d'émission versée par de nouveaux associés demeurés étrangers à cette répartition d'actions).

Il faut distinguer entre les revalorisations qui ne peuvent se justifier que par des considérations d'ordre immatériel et celles qui peuvent se justifier par des considérations d'ordre matériel <sup>1</sup>.

Seront des considérations d'ordre immatériel celles qui puisent leur raison d'être dans une simple estimation d'expert, ou dans une comparaison faite avec des valeurs de même ordre dont la vente à un prix supérieur a pu être récemment constatée.

Seront des considérations d'ordre matériel celles qui justifient une plus-value par des amortissements occultes antérieurement pratiqués sur les biens inventoriés, ces amortissements occultes résultant de dépréciations exagérées ou de dépenses de construction arbitrairement passées par comptes d'entretien, ou par frais généraux, au cours des exercices antérieurs.

Toute plus-value fondée sur des considérations d'ordre immatériel sera toujours discutable, si elle s'applique à une valeur immobilisée.

Au contraire, toute plus-value fondée sur une considération d'ordre comptable est forcément admissible, car ce qu'on appelle alors plus-value n'est en réalité que le redressement d'erreurs comptables commises au cours des exercices antérieurs.

Cette distinction nous paraît nécessaire. Elle découle naturellement du double caractère que revêt toujours un inventaire, lequel est d'abord une énumération, et qui est ensuite une estimation.

Une sous-estimation d'une valeur inventoriée ne peut, sans difficultés assez grandes et sans risques de fraude, faire suite à une estimation nouvelle, — et majorée; — au contraire, l'omission quantitative d'une valeur qui aurait dû figurer à l'inventaire permet un redressement qui sera fait *a posteriori* et qui s'autorise de l'article 541 du Code de procédure civile.

L'augmentation du capital social ne peut du reste qu'être l'aboutissement normal de toute revalorisation. Une revalorisation crée un accroissement d'actif qui doit trouver sa contrepartie au passif. Cette contrepartie ne peut être, tout d'abord, que le compte de Profits et Pertes, lequel sera crédité d'un montant égal au montant de la revalorisation. Du compte de Profits et Pertes, ce crédit anormal et exceptionnel, ne peut sortir pour une distribution <sup>2</sup>. Il ne peut sortir que pour être incorporé à une réserve. Et cette réserve devra être une réserve

1. Voir Copper Royer, I, 253.

1. Comp. en ce sens, par sa doctrine, l'arrêt de rejet de la Chambre criminelle du 11 juillet 1930, *D. H.* 1930.524.

indisponible, une réserve bloquée, car elle ne correspond qu'à un compte débiteur immobilisé, dont la plus-value ne procure aucune liquidité<sup>1</sup>. La meilleure des réserves indisponibles, c'est le compte créditeur du capital. Il est donc tout naturel de faire glisser le montant de cette réserve dans le poste de Capital<sup>2</sup>.

Seulement, il faut en revenir toujours à la distinction fondamentale que nous avons indiquée tout à l'heure sur les causes possibles d'une revalorisation, ces causes pouvant être d'une nature intellectuelle, et presque sentimentale, ou pouvant être d'une nature matérielle et strictement comptable.

Lorsque la cause de la revalorisation sera d'une nature matérielle, toutes justifications utiles seront fournies par le moyen d'une expertise comptable, grâce à laquelle seront mises en lumière les dépréciations excessives pratiquées au cours des exercices antérieurs.

Lorsque la cause de la revalorisation sera d'un ordre plus intellectuel, la justification ne peut s'en retrouver par le moyen d'une expertise comptable, mais seulement avec le secours d'une expertise technique, d'architecte ou d'ingénieur. Cette expertise n'aura jamais la précision de la première. Si formelles que soient ses conclusions, elle laisse la porte ouverte à un risque. Ce risque est rendu assez lourd du fait de l'article 37, alinéa 2, qui punit de peines correctionnelles ceux qui auront fait une fausse affirmation quant à la libération des parts attribuées aux associés. Peu importe la modalité de cette libération. Peu importe par conséquent que cette libération ait été réalisée par l'opération comptable qu'est une revalorisation.

**86. Réduction de capital.** — Une société à responsabilité limitée peut encore être amenée à réduire le capital énoncé en ses statuts, soit pour cause de pertes, soit parce que le capital originairement réuni dépasse l'objet social, de telle sorte qu'il apparait souhaitable de restituer aux associés une partie des fonds qu'ils avaient versés.

Lorsque la réduction de capital a lieu pour compenser un report

1. Comp. sur ce point et aussi sur celui de la possibilité d'une réévaluation, réponse écrite à M. Japy, sénateur, le 22 juin 1922, *Débats parlementaires*, Sénat, 1923, p. 1640; réponse écrite à M. Charles Bernard, le 9 mars 1923, *Débats parlementaires*, Chambre, 1923, p. 2006.

Comp. Percerou, note au *J. Soc.* 1921.145; Amiaud, note au *Rec. Jurid. des Soc.* mars 1920.

2. Comp. en sens opposé, Houpin, note au *J. Soc.* 1923.481. Mais cet auteur ne fonde sa théorie, que nous croyons manifestement inexacte, que sur une affirmation qui, elle aussi, est inexacte : « Le capital d'une société ne peut être formé que grâce aux apports que font les associés. »

débiteur de Profits et Pertes avec le seul poste créditeur qui, en l'absence de réserves, puisse servir de contre partie à cet élément d'actif irréalisable (c'est-à-dire le poste de capital), aucune observation ne peut être formulée par les créanciers sociaux. En effet les associés ne s'attribuent alors aucune valeur extraite du fonds social qui soit susceptible de servir à l'extinction du passif. Ils ne font que diminuer leurs droits apparents. Ils ne reçoivent rien.

Mais les associés doivent veiller à ce que le capital social ne tombe pas au-dessous de 25.000 francs et encore à ce que la valeur nominale de chaque part ne tombe pas au-dessous de 100 francs.

La réduction de capital pour causes de pertes est une opération strictement comptable. Il existe au Bilan un compte débiteur qui ne correspond à quelque valeur de réalisation que ce soit. Le prototype en est le report débiteur de profits et pertes. D'autres comptes peuvent être dans le même cas, nécessitant un amortissement impérieux. Or, cet amortissement ne peut, en l'absence de toutes réserves, trouver une contre partie dans l'un quelconque des comptes créditeurs. Il faudra donc virer ces dépréciations au compte des Profits et Pertes. De là naîtra un report débiteur de Profits et Pertes, et on se trouvera dans une situation identique à celle que nous avons tout d'abord exposée.

Les associés veulent faire disparaître ce compte improductif et non réalisable.

Leur volonté se trouvera généralement dictée par le désir qu'ils auront d'augmenter le capital. Pour cela, ils auraient à créer de nouvelles parts. Ces parts nouvelles seront sur un pied d'égalité avec les anciennes. Or, une partie du capital est notoirement perdu. Les parts anciennes ont donc une valeur minorée. Il sera difficile de trouver, dans ces conditions, des souscripteurs nouveaux acceptant de donner 100 francs pour n'acquérir qu'un droit identique à celui que confère une part dont la valeur intrinsèque est notoirement inférieure.

Pour arriver au but recherché, il faut donc commencer par redonner aux parts anciennes une valeur vénale qui soit identique au débours que sera forcé de faire celui qui souscrira les parts nouvelles.

Il faut faire disparaître le report débiteur des Profits et Pertes.

Pour cela, il faut trouver une contre-partie dans les comptes créditeurs du passif. Un seul est, en l'absence de toutes réserves, compréhensible, le poste du Capital. Ce dernier sera diminué d'un chiffre égal au montant des comptes débiteurs qui doivent disparaître.

La diminution du capital entraîne la diminution des parts divisant



ce capital. Cette diminution peut se faire, soit par la diminution de la valeur statutaire attribuée aux parts, soit par la diminution du nombre même des parts.

La diminution de la valeur statutaire attribuée aux parts ne peut se faire que si les parts ont été originairement évaluées plus de 100 francs. L'article 6 § 2 interdit de créer des parts de moins de 100 francs. Cette interdiction se poursuit au cours de toute la vie sociale (Comp. *suprà*, n° 22). De même, et toujours par application du même article 6 § 2, la réduction apportée à la valeur nominale des parts ne pourra aboutir à donner aux parts une valeur nominale cessant d'être un multiple de 100 francs.

La diminution peut encore se faire par la diminution du nombre même des parts. Si le capital est réduit de moitié, il sera échangé une part nouvelle pour deux anciennes. En ce cas peuvent surgir des difficultés d'un autre ordre. Car certains associés peuvent posséder des parts en nombre insuffisant pour que l'échange se fasse commodément.

La jurisprudence admet, en matière de sociétés anonymes, qu'une assemblée générale peut valablement décider une réduction de capital s'opérant par un échange de titres, alors même que cet échange de titres obligera un ou plusieurs des associés à compléter ou à réduire le nombre de leurs droits sociaux<sup>1</sup>.

Cette doctrine, qui peut évidemment s'étendre aux sociétés à responsabilité limitée, a rencontré, dans la doctrine, une assez vive opposition<sup>2</sup>. Celle-ci se fonde sur l'argumentation suivante :

- aucun associé ne peut être contraint d'augmenter son apport;
- aucun associé ne peut être exclu de la société;
- aucune assemblée générale ne peut donc prendre une mesure qui aura pour conséquence inévitable de contraindre l'associé à verser une somme nouvelle ou à abandonner son droit social, régulièrement acquis.

Nous nous permettons de ne pas accorder à ce raisonnement la rigoureuse efficacité que sa sobriété paraît lui donner.

D'abord, toute prescription légale relative à l'interdiction de contraindre un associé à un débours supplémentaire ne s'applique strictement qu'aux débours dont la caisse sociale est appelée à bénéficier. Or, il n'en est pas ainsi lorsque l'assemblée générale, prenant une résolution qui est incontestablement d'intérêt collectif, arrive à prendre une déci-

1. En ce sens, Req. 30 mai 1892, D. P. 93.1.105; Req. 31 octobre 1893, *J. Soc.* 94.66; Req. 27 janvier 1894, D. P. 94.1.313.

2. Comp. notamment Wahl, *J. Soc.* 1900.350; Lacour, D. P. 1914.1.313; Thaller, D. P. 93.1.105.

sion qui, dans ses modalités d'exécution, obligera un associé à faire, en faveur d'un autre associé, un certain débours, contre l'échange d'un droit social.

En pareille circonstance, le patrimoine social demeure entièrement étranger aux tractations qui vont se poursuivre. Ce seront seulement deux patrimoines individuels qui traiteront l'un avec l'autre.

Par ailleurs, s'il est vrai qu'aucun associé ne peut être exclu, cela n'est vrai que lorsque l'exclusion provient d'une décision prise à titre individuel, ou d'une décision entachée de quelque abus de droit manifeste.

Il n'en est pas ainsi en cas de réduction de capital, cette mesure étant une mesure d'ordre général, qui ne recèle aucun caractère individuel.

Enfin, on ne peut méconnaître que la discussion ne présentera jamais un intérêt pécuniaire très considérable, car les « rompus » seront toujours des unités isolées, et l'associé qui devra, soit vendre un « rompu », soit en acquérir un, ne compromettra que des droits pécuniaires insignifiants.

Il serait, dans ces conditions, puéril d'interdire au nom de principes, somme toute, discutables, une opération sociale qui peut représenter pour la société elle-même et pour la masse collective des associés un intérêt de premier rang, et même, souvent, vital.

La réduction de capital peut aussi s'effectuer en dehors de toutes pertes antérieurement éprouvées.

Il faut alors supposer que les associés, tout d'abord réunis en vue de l'exécution d'un programme nécessitant des capitaux élevés, décident de ne suivre dorénavant qu'un programme ne nécessitant que des capitaux moindres.

Une partie du capital doit donc être restituée aux associés; ce remboursement s'effectuera au moyen de valeurs actives n'ayant leur contre-partie au passif qu'au compte Capital. C'est donc le capital qui sera diminué, et, par voie de conséquence, le nombre ou l'importance pécuniaire des parts aura corrélativement à être diminué.

Il conviendra d'observer toutes les règles que nous venons d'indiquer.

Mais, en pareil cas, d'autres que les associés pourraient formuler des critiques. Ce seront les créanciers sociaux. En effet, ceux-ci ont fait confiance à la société, et ils n'ont pu lui faire confiance que sur l'annonce du capital statutairement fixé. Les associés ne peuvent rien retrancher

de ce capital avant que tous les créanciers, antérieurs à la résolution qu'ils prennent, ne soient totalement remboursés <sup>1</sup>.

La réduction du capital, effectuée par un remboursement préventif fait aux associés, ne peut donc se réaliser que s'il n'y a pas de créanciers externes. Et, s'il y a des créanciers externes, l'opération ne peut se faire qu'à charge d'observer certains délais. Par exemple, l'assemblée générale prendra la résolution de réduire de moitié le capital social, par le remboursement à chaque associé de la moitié de la valeur statutaire de chaque part, cette valeur statutaire étant, nous le supposons, originairement de 1.000 francs et devant être ramenée à 500 francs.

Cette résolution demeurera d'abord théorique.

Elle sera publiée et ainsi portée à la connaissance des tiers, lesquels sauront que, dorénavant, ils ne peuvent plus compter que sur une solvabilité réduite.

Mais il sera stipulé que la société devra mettre en banque, à un compte spécial, les fonds qu'elle veut affecter à un remboursement à faire à ses propres associés. Ces fonds resteront là pendant un temps déterminé, six mois par exemple. Dans l'intervalle, les gérants devront faire en sorte que les dettes de la société, existant au jour où fut prise la résolution de l'assemblée générale, soient éteintes au moyen des disponibilités restant à la société; celles que, pour une cause quelconque, il ne sera pas possible d'éteindre, devront être novées; ou encore les gérants devront demander aux créanciers qu'ils ne veulent pas payer immédiatement leur acquiescement quant à la réduction de capital décidée par l'assemblée.

Et ce n'est qu'une fois tout le passif antérieur payé, nové ou transformé par l'effet d'un acquiescement du créancier que les fonds mis en réserve pour le remboursement à faire aux associés pourront être effectivement et définitivement distribués <sup>2</sup>.

Il est encore un point sur lequel doit être nettement portée l'attention de ceux qui procèderont à une réduction de capital, c'est l'égalité qui doit toujours exister entre les associés. Quand des pertes ont été éprou-

1. Sur la prescription de l'action en nullité, ou en opposabilité, que les créanciers sociaux peuvent intenter de ce fait, voir Copper Royer, II, n° 572. Nous rappelons ici que nous pensons que cette action judiciaire, fondée sur une faute commise par les associés, ne se prescrit que par trente ans, alors que certains auteurs voudraient la voir couverte par la prescription quinquennale qui frappe les actions judiciaires dirigées contre des associés non liquidateurs après la dissolution de la société.

2. Sur la diminution des sûretés promises à un créancier et sur ses effets, voir Copper Royer, II, n° 505.

vées dans une exploitation sociale, principalement fondée sur des apports en nature, les associés qui se sont libérés par des versements en numéraire ont une tendance accentuée à estimer alors que les apports furent, à l'origine, évalués à trop haut prix, de telle sorte que ce serait l'apporteur qui devrait supporter tout le poids de la réduction de capital.

Une telle mesure peut être légitime, sans, pour cela, pouvoir être imposée.

En l'absence de tout accord individuel, la réduction ne peut s'effectuer que sur un pied de parfaite égalité.

Mais de semblables accords individuels sont licites et peuvent être conclus; la convention par laquelle un associé accepte de supporter personnellement une fraction proportionnellement plus forte que celle qu'il aurait dû normalement supporter dans la réduction de capital qui s'impose à la suite de pertes n'est pas une convention sans cause, surtout si les parties prennent soin d'indiquer que l'associé qui renonce ainsi à certains de ses droits le fait contre abandon, par la masse des associés, des instances judiciaires, en nullité ou en responsabilité, qui auraient, peut-être, pu être intentées <sup>1</sup>.

**87. Fusion; —** Les lois réglementant les fusions sont les lois du 16 novembre 1903, du 19 mars 1928 et du 23 janvier 1929.

Aucune de ces lois ne vise les sociétés à responsabilité limitée.

Il n'en est pas moins vrai que les sociétés à responsabilité limitée peuvent réaliser une fusion.

En principe, une fusion ne peut se réaliser qu'entre deux sociétés de même nature : une société anonyme peut fusionner avec une autre société anonyme; une société à responsabilité limitée peut fusionner avec une autre société à responsabilité limitée. Mais il est difficile de concevoir la fusion, au sens exact, étroit, juridique, du mot, d'une société anonyme et d'une société en nom collectif. Alors, intervient une opération qui ne peut s'analyser que comme l'apport d'un patrimoine contre une rémunération mixte, consistant, pour partie, en une allocation de droits sociaux, et, pour partie, en une prise en charge de passif.

La fusion apparaît comme une opération moins choquante si cette opération porte sur une société anonyme absorbant une société à responsabilité limitée, parce que les sociétés en présence sont, toutes deux (au moins à notre avis), des sociétés de capitaux. Alors, en effet, disparaît toute notion personnelle, toute notion individuelle. La

1. Comp. en ce sens, Paris, 23 mars 1909, *J. Soc.* 1909.406.

Comp. Copper Royer, II, n° 571.



société de capitaux présente cette caractéristique de n'être qu'un patrimoine vivant. La société anonyme, patrimoine vivant, peut fusionner avec une société à responsabilité limitée, autre patrimoine vivant, sans soulever, dans l'esprit, aucune critique fondamentale.

Il en est des sociétés comme des individus. Ceux-ci peuvent être de même race, tout en étant d'une nationalité distincte. Ceux-ci peuvent être, par contre, de race différente. En ce dernier cas, l'union est plus choquante.

La société anonyme et la société à responsabilité limitée sont de même race et de même souche; mais elles ne sont pas exactement du même pays.

Il semble que cela soit suffisant pour interdire toute fusion, au moins au sens étroit que l'on doit donner à ce terme si on veut lui donner toute sa valeur juridique.

La fusion est une opération qui doit pouvoir se réaliser par elle-même, et sans qu'intervienne nécessairement aucune opération annexe de transformation.

La fusion a ses règles. La transformation possède les siennes propres. La fusion qui ne peut se réaliser que si une des deux sociétés subit en même temps une transformation, est une fusion complexe qui doit évidemment être étudiée séparément.

Une fusion ordinaire, une fusion simple, ne peut donc s'effectuer qu'entre sociétés ayant exactement la même nature.

Une société à responsabilité limitée peut donc parfaitement fusionner avec une autre société à responsabilité limitée.

La fusion est, en principe, l'absorption intégrale par une société du patrimoine d'une ou de plusieurs sociétés.

La fusion est une opération par laquelle une première société pré-existante incorpore dans sa comptabilité la totalité des comptes débiteurs d'une deuxième société en incorporant également dans sa comptabilité la totalité des comptes créditeurs du passif externe qu'avait cette deuxième société; en outre la première société équilibre l'opération en augmentant son propre compte créditeur de capital dans une proportion égale à la survalue des comptes débiteurs qu'elle vient de s'incorporer par rapport aux comptes créditeurs de passif externe qu'elle accepte de prendre en charge. Pour régler exactement le quantum de l'augmentation à donner au compte créditeur de capital interviennent évidemment de nombreux facteurs, au premier rang desquels se place l'importance des réserves déjà constituées par la société absorbante.

Quoi qu'il en soit, l'opération se boucle par une augmentation du capital de la société absorbante.

Cette augmentation de capital provoque l'accroissement en nombre des parts divisant le capital.

Les parts en surnombre reviennent aux associés de la société absorbée. Cette société a vu tout son patrimoine passer à la société absorbante. Elle n'a donc plus rien. Elle n'a que les parts nouvelles que lui attribue la société absorbante. Ces parts sont dévolues, par l'effet d'un partage instantané, aux associés de la société absorbée. Ce après quoi, la société absorbée disparaît. Elle s'est volatilisée. Elle s'est fondue dans la société absorbante.

Les sociétés à responsabilité limitée présentent une caractéristique qui est un grand avantage pour la réalisation matérielle d'une fusion. C'est le caractère individuel des droits sociaux, ce qui se produit chaque fois que le capital d'une société ne se compose que de titres au nominatif, c'est-à-dire dans tous les cas pour une société à responsabilité limitée.

Aussi une fusion pourra-t-elle se réaliser par une attribution directe, à chacun des associés de la société absorbée, des parts nouvelles créées par la société absorbante. On évitera ainsi toute période liquidative.

Les sociétés à responsabilité limitée présentent aussi cette caractéristique de pouvoir recevoir des apports en nature sans aucune procédure particulière.

Le consentement des associés suffit.

Or l'apport, si apport il y a, que fait une société absorbée à une société absorbante est toujours un apport en nature. Il s'en suit que lorsque ce sont des sociétés anonymes qui procèdent à une fusion, il doit toujours intervenir une procédure en vérification et en approbation d'apports qui nécessite des assemblées générales successives.

On ne retrouvera aucune sujétion de même ordre quand l'opération de fusion s'effectuera entre sociétés à responsabilité limitée. La société absorbante, statuant en assemblée générale, a toute compétence pour apprécier, d'un seul coup, et par elle-même, ce qu'il convient de décider au sujet des apports que propose de faire la société absorbée.

A cela près, la procédure de fusion sera sensiblement la même, qu'il s'agisse de sociétés à responsabilité limitée ou qu'il s'agisse de sociétés anonymes.

Il faudra toujours commencer par une expertise préliminaire des biens qui composent le patrimoine de l'une et de l'autre des deux sociétés en cause, cette expertise devant servir à démontrer l'importance exacte de ces patrimoines respectifs. L'expertise devra, en outre, établir

l'importance du passif externe que doit l'une et l'autre des deux sociétés. Une sorte de balance s'établira ainsi, déterminant la valeur vénale de l'actif net de la société absorbante et la valeur vénale de l'actif net de la société absorbée. On arrive alors à préciser la valeur vénale qu'il convient d'attribuer aux parts de l'une et de l'autre des deux sociétés.

Si, par exemple, la valeur vénale à attribuer aux parts de la société absorbante ressort à 1.000 francs, et si la survaleur du patrimoine de la société absorbée, toute compensation faite entre son actif et son passif externe, ressort à un million de francs, on devra admettre que la société absorbante devra virtuellement augmenter son capital de pareille somme, soit un million de francs.

Mais quel sera le nombre de parts nouvelles qu'il conviendra de créer?

Ce nombre devra être fixé en prenant pour base la valeur de 1.000 fr. à attribuer aux parts au jour où se réalise l'opération.

Si maintenant nous supposons que la société absorbante a, originellement, créé des parts d'une valeur nominale de 500 francs, on devra admettre que cette société absorbante remettra affectivement un capital de un million en n'augmentant son capital que de 500.000 francs.

Cette augmentation de capital de 500.000 francs n'entraîne que la création de mille parts de 500 francs.

Mais l'expertise a démontré :

a) Que la part de la société absorbante avait une valeur réelle de 1.000 francs;

b) Que la société absorbée apportait, en fait, une valeur estimée un million.

Par conséquent, en remettant mille parts nouvelles à cette société absorbée, on lui remet effectivement une valeur de un million tout en ne lui remettant qu'une valeur apparente de 500.000 francs.

Somme toute, l'émission se trouve alors réalisée avec une prime. Cette prime est naturellement versée par l'associé nouveau, en l'espèce, par la masse collective des associés de la société absorbée, laquelle remet, en nature, des valeurs excédant la valeur nominale qu'elle reçoit en échange, du fait des droits sociaux qui lui sont dévolus.

Tout ce travail préparatoire d'examen, de comparaison et d'expertise doit être réalisé par les représentants légaux de chacune des sociétés se proposant pour la fusion.

Ce travail préparatoire une fois terminé, une convention conditionnelle devra très utilement intervenir. Elle arrêtera d'une part les comptes débiteurs ou créditeurs de chacune des deux sociétés, et ce, à une

date aussi rapprochée que possible de l'opération définitive. Elle précisera d'autre part les conditions de la fusion, et spécialement les droits sociaux nouveaux que la société absorbante s'oblige à créer, puis à attribuer à la société absorbée. Cette convention forme ce que, dans le langage courant et dans la pratique notariale, on appelle un acte d'apport, d'une façon tout à fait impropre. Nous préférons le terme d'avant-contrat.

Cette convention préliminaire, arrêtée d'accord entre les représentants légaux de chacune des deux sociétés, demeure bien entendu soumise à la condition suspensive d'une acceptation par l'assemblée générale de chacune des deux sociétés.

Cette assemblée générale ne pourra être qu'une assemblée de l'article 31, l'objet des résolutions qui sont soumises au vote des associés comportant manifestement la modification des statuts primitifs. Nous avons examiné, *suprà*, nos 81 et 82, les conditions de forme et de fond auxquelles devaient satisfaire ces assemblées.

Nous supposerons que toutes ces conditions de forme et de fond se trouvent réunies et que chacune des assemblées décide, à la majorité requise par la loi, d'accepter le protocole de fusion, dans toutes ses conditions et dans toutes ses conséquences.

Théoriquement, c'est l'assemblée de la société absorbée qui devrait se réunir la première, de façon à ce que l'assemblée de la société absorbante se trouve en présence d'une proposition ferme.

Cette assemblée de la société absorbante se prononcera alors sur cette proposition ferme que l'on analyse comme une souscription stipulée libérable autrement qu'en numéraire et avec charge d'acquitter un passif.

La délibération de l'assemblée est-elle affirmative, la fusion se trouve alors réalisée, puisque la loi de 1925 n'impose aucune des formalités requises par l'article 4 de la loi de 1867. L'assemblée n'a plus qu'à voter les modifications statutaires qui sont les conséquences immédiates de la fusion.

La principale de ces conséquences est la création de parts nouvelles. Ces parts doivent être nominativement attribuées. Elles peuvent être attribuées à la liquidation de la société absorbée. Mais il sera toujours infiniment préférable de procéder directement à l'attribution de ces parts nouvelles au nom de chacun des associés de la société absorbée. Cette procédure simplifie les choses, évite toute apparence de liquidation, et, en outre, permet à chacun des associés de la société absorbée de se voir aussitôt agréé par l'assemblée même qui réalise la fusion.

L'assemblée générale tenue par la société absorbante doit encore



comprendre une formalité qui, d'après l'article 7, § 3, apparaît comme essentielle, et dont la matérialité, contraire à la spiritualité de notre droit français, ne s'explique que par l'influence très certaine du droit germanique dans l'élaboration de la loi de 1925. Il s'agit de la déclaration que l'article 7 met à la charge des fondateurs, mais qui, en cas d'augmentation de capital, est à la charge des gérants en exercice (*suprà*, n° 85 d). Somme toute, cette déclaration a surtout pour but d'affirmer la consistance et la réalité du capital que la société à responsabilité limitée est appelée à faire figurer dans ses statuts, et auquel, par conséquent, les tiers sont appelés à faire confiance.

Dans le contentieux des sociétés anonymes, on retrouve une formalité de même ordre dans la déclaration notariée que l'article 1<sup>er</sup> impose aux fondateurs d'abord, et ensuite aux administrateurs en cas d'augmentation de capital. Mais, jusqu'à présent au moins, il n'a pas été dans l'usage d'attacher une importance primordiale à cette déclaration notariée et d'y voir, pour ceux qui y procèdent, un germe très formel de responsabilité, surtout en ce qui concerne les apports en nature, ceux-ci étant par ailleurs expertisés par les commissaires dont l'article 4 impose l'intervention et dont la personnalité de techniciens, ou supposés tels, couvre celle des fondateurs. Ces derniers ne font alors que figure de metteurs en scène.

Même en ce qui concerne les souscriptions libérables en numéraire, la loi de 1867 ne considère nullement comme définitive la déclaration notariée que font les fondateurs. Elle ordonne au contraire que la sincérité de cette déclaration soit contrôlée, vérifiée par les actionnaires, réunis eux-mêmes en assemblée constitutive. La déclaration des fondateurs d'une société anonyme apparaît ainsi comme n'ayant aucune importance intrinsèque et définitive. Ce n'est qu'un acte préparatoire qui ne prendra de valeur que sur la décision qu'auront fournie d'autres que ceux qui l'ont faite.

Toute autre est la déclaration que l'alinéa 3 de l'article 7 met à la charge des fondateurs, ou, en cas d'augmentation de capital, des gérants. Cette déclaration est un acte définitif qui se suffit à lui-même. C'est l'acte terminal. Il couronne l'édifice. C'est le cadenas qui ferme la porte.

La responsabilité de ceux qui ont la redoutable fonction de procéder à cet acte, définitif et essentiel, est évidemment d'une essence plus concentrée que n'est celle des fondateurs d'une société anonyme, laquelle est d'une essence infiniment diluée.

Lorsque, donc, se tiendra l'assemblée générale des associés, tant

anciens que nouveaux, de la société absorbante qui accepte la fusion et qui déclare augmenter son capital, il faut que l'assemblée se complète par une déclaration que feront finalement les gérants en exercice, lesquels affirmeront que les parts nouvellement créées en rémunération des apports en nature faits par la société absorbée ont été intégralement libérées. C'est affirmer du même coup la sincérité et la réalité de l'excédent d'actif qui a servi de base pour la fixation du nombre des parts.

Quant aux fusions d'ordre complexe qui nécessitent la transformation préalable, ou concomitante, de l'une des sociétés qui participent à cette opération, nous ne pouvons en dire ici que peu de mots. Car la question est alors bien plutôt du domaine de la transformation que du domaine de la fusion.

Disons seulement que, pour nous, une société anonyme ne peut pas se transformer en société à responsabilité limitée. Nous prévoyons bien entendu le cas où cette transformation ne serait décidée que par une majorité d'actionnaires, certains de ces actionnaires ne participant pas au vote, soit par l'effet d'une dissidence manifestement acçusée, soit par l'effet d'une absence.

Nous laissons volontairement de côté l'hypothèse d'une assemblée réunissant l'intégralité des actions et au cours de laquelle toutes les résolutions auront été votées à l'unanimité.

Une assemblée qui réunit les votes de l'unanimité des actionnaires n'est plus une assemblée générale, au sens propre du mot. Ce n'est plus l'expression d'une volonté sociale, ladite volonté sociale étant régulièrement et légalement formulée, de telle sorte qu'elle s'impose aux membres de la collectivité qui, absents ou dissidents, n'y ont pas individuellement participé.

L'assemblée qui réunit les votes d'une unanimité d'actionnaires n'est que la manifestation d'un faisceau de volontés individuelles.

Les résolutions qui y sont prises ne se recommandent pas de la loi sur les sociétés ou des stipulations statutaires. Elles sont individuellement opposables à tous ceux qui y ont adhéré en vertu des articles 1123 et 1134, § 1 du code civil.

Cette remarque essentielle étant faite, nous ne pouvons que répéter que l'assemblée générale d'une société anonyme nous paraît incompétente pour accepter, et pour imposer, la transformation de la société anonyme en société à responsabilité limitée, d'abord parce qu'une semblable transformation supprime toute négociabilité des droits sociaux originellement attribués aux souscripteurs, ensuite parce que cette

transformation tend à faire courir aux associés des responsabilités autres que celles par eux tout d'abord acceptées, par conséquent, à leur faire supporter une aggravation des charges par eux consenties (voir notamment, *suprà*, 16).

Par conséquent, si une société anonyme peut fusionner avec une société à responsabilité limitée, ce ne pourra être qu'à la condition formelle de rester société anonyme, donc d'être la société absorbante.

La société à responsabilité limitée peut en effet, elle, se transformer en société anonyme, car cette transformation n'entraîne pas pour les associés une aggravation des charges originaires consenties.

La fusion d'une société à responsabilité limitée (société absorbée) avec une société anonyme (société absorbante) ne peut s'analyser autrement que comme un apport en nature qu'offre de faire la société absorbée, et qu'accepte de recevoir la société absorbante, cet apport s'appliquant à la totalité du patrimoine de la société absorbée. Cet apport en nature est fait contre une rémunération qui consiste, d'abord dans la prise en charge forfaitaire de tout le passif externe de la société absorbée, et, en outre, contre l'attribution d'un certain nombre d'actions. Ce nombre est déterminé par l'acte préparatoire et conditionnel que l'on dénomme acte d'apport, ou avant-contrat.

Mais, en cette matière des sociétés à responsabilité limitée, il peut exister un passif occulte, qui serait le fruit de cette responsabilité solidaire des associés quant à la valeur vénale des apports en nature ayant participé à la formation du capital de la société (article 8, § 1; voir *suprà*, n° 16).

Cette responsabilité solidaire n'existe que pendant dix ans. Mais elle existe, et elle peut avoir des conséquences rigoureuses.

Il est évident que ni la société anonyme, ni les actionnaires de cette société ne peuvent la prendre en charge.

D'autre part, l'article 41 de la loi de 1925 dit bien qu'aucune transformation de société à responsabilité limitée ne peut se réaliser que sous réserve des droits des tiers, ce qui aurait pu ne pas être écrit, car l'article 1165 du Code civil aurait pu suffire.

En pareil cas, la société anonyme qui reçoit cet apport d'un ordre particulier agira sagement en utilisant la procédure organisée par la loi du 17 mars 1909, sur les cessions ou apports de fonds de commerce <sup>1</sup>. Elle pourra ainsi peut-être purger la créance, encore inconnue, encore non comptabilisée, qui pourrait se révéler plus tard.

1. Voir Copper Royer, I, 85 *bis*.

Quant aux actions qui seraient attribuées par la société anonyme, absorbante, aux associés de la société à responsabilité limitée, absorbée, ces actions ne pourront être immédiatement détachées de la souche, alors même que la société absorbée aurait plus de deux ans d'existence, car le silence de la loi de 1925 inviterait à faire croire que la loi du 16 novembre 1903, qui pourtant s'applique aux sociétés par actions, ne peut pas jouer en faveur des actions distribuées aux associés d'une société à responsabilité limitée absorbée.

Lorsqu'une société à responsabilité limitée prévoit sa fusion avec une société anonyme, elle fera donc bien de commencer par se transformer, d'abord, en société anonyme. Ce n'est que cette première opération une fois faite, que cette société, devenue une société par actions, réalisera avec le maximum d'avantages la fusion qu'elle désire voir accomplir avec la société anonyme avec qui elle a partie liée.

Préciser le caractère juridique de la fusion ne manque pas d'avoir une grande importance, notamment quant aux conséquences mêmes de la fusion.

Chaque auteur apporte à ce problème une solution personnelle. Quant aux décisions judiciaires, nous n'en avons pas trouvé qui envisage le problème d'une façon générale, et qui le résolve d'une façon très nette. En tous les cas, dans son ensemble, la jurisprudence, elle non plus, n'a pas de système défini.

Dans son ensemble la doctrine envisage cette question de fusion en la décomposant en deux opérations : un apport, une prise en charge du passif. Nous-mêmes, au cours de cette étude nous avons pu employer ces expressions. Ce sont en effet des expressions consacrées. Seulement il ne faut pas perdre de vue que ces expressions ne cachent qu'une seule chose : l'incorporation du patrimoine de la Société absorbée dans le patrimoine de la Société absorbante. L'« apport » de la doctrine correspond à l'incorporation des valeurs actives. La « prise en charge du passif » correspond à l'incorporation des valeurs passives.

Et c'est parce que l'on a souvent oublié ce caractère indispensable, essentiel, de la fusion, que les difficultés naissent et que l'on voit émerger des systèmes dont quelques-uns sont, parfois, bien extraordinaires. La doctrine en cette matière ressemble à un ciel, la nuit, où ne brille aucune étoile.

Ce qui gêne évidemment la doctrine, c'est la présence simultanée des créanciers et des débiteurs de la Société absorbée. Quelle va être leur situation?



Car cette situation peut être grandement minorée, du fait de la fusion, surtout en ce qui concerne les créanciers.

C'est en somme tout le problème de la fusion qui est remis en question ici même.

Examinons d'abord le problème qui naît du fait des débiteurs de la Société absorbée.

Ce problème est le moins difficile.

Car, lorsqu'on doit payer, il est généralement bien indifférent de payer en une main ou en une autre, pourvu que la main qui reçoit votre argent ait compétence pour vous donner une quittance. Il est vrai que c'est là tout le problème.

Par l'effet de la fusion, les débiteurs de la Société absorbée deviennent-ils débiteurs de la Société absorbante, et cela *ipso facto*?

La doctrine déclare généralement que, en l'occurrence, il y a cession de créance. Mais alors, immédiatement, se dressent l'article 1690 et ses formalités. Le débiteur, tiers cédé, doit-il accepter la cession, ou doit-on la lui signifier pour que celle-ci lui soit opposable?

Prenant isolément chaque créance dont il est fait apport à la Société absorbante, certains auteurs <sup>1</sup> déclarent superflues les formalités de l'article 1690 du code civil. Parce que, dit-on, ces formalités ne se comprennent qu'en cas de vente de créances; l'article 1690 est placé sous le titre de la vente. Or, dans l'espèce envisagée, il y a apport, il n'y a pas vente. L'apport ressortirait alors de certaines règles, propres au contrat de société; il demeurerait étranger aux règles propres au contrat de vente.

De cette doctrine, on doit déduire que sans signification ni acceptation individuelle, ceux qui doivent une somme ou une prestation à la société absorbée (qui, en l'espèce, fait figure de créancier cédant) doivent directement cette somme ou cette prestation à la société absorbante (qui fait figure de cessionnaire), et qu'ils se libéreront valablement en payant entre les mains de cette société absorbante et sur sa seule quittance.

Pour qu'il en soit ainsi, il suffirait que l'apport ait acquis date certaine aux termes de l'article 1328 du code civil, et, naturellement, que cet apport ait été régulièrement soumis à toutes les formalités de publicité légale.

Tel n'est cependant pas l'opinion généralement admise <sup>2</sup>.

1. Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, n° 725; *Du contrat de Société*, n° 178; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXVI, n° 245.

2. Aubry et Rau, *Cours de dr. civ. français*, t. IV, § 378; Troplong, *Des Sociétés*,

D'abord parce que la vente de créance ne serait pas, seule, soumise à la signification de l'article 1690. La donation et l'échange doivent y obéir. Ensuite (ce qui est moins probant) parce que l'apport est un acte translatif. Mais la jurisprudence semble fixée depuis longtemps déjà en ce sens <sup>1</sup>.

Il nous paraît que c'est mal poser la question que de la placer sur ce terrain. La fusion n'est pas une cession particulière.

La fusion opère une transmission globale du patrimoine. Et c'est précisément en cela qu'elle diffère de l'apport.

Il y a, de son fait, transmission à titre universel.

La fusion n'opère pas la transmission à la Société absorbante de diverses créances énumérées une à une, ou susceptibles d'une semblable discrimination.

Il y a, de son fait, transmission de tout un patrimoine, et peu importe que, dans les éléments de ce patrimoine, se retrouvent certaines créances dont le montant est recouvrable sur des tiers.

Ce ne sont point tous les affluents de la Marne qui se jettent dans la Seine, non, c'est la Marne, se composant de tous ses affluents, qui, *seule*, se jette dans la Seine.

La jurisprudence qui s'est produite à cette occasion et que nous venons de relater ne s'est du reste produite qu'à l'occasion d'apport à une société de certaines créances individualisées. L'arrêt de cassation du 24 décembre 1894 se réfère notamment à une société de personnes à laquelle il avait été fait apport pur et simple d'un bail et des divers droits qui pouvaient en découler.

Ce qu'il faut se demander, c'est ceci : est-il nécessaire d'accomplir les formalités de l'article 1690 vis-à-vis de chacune des créances comprises dans la masse de l'apport global de patrimoine qui est opéré par la Société absorbée?

M. Levillain dans une note au Dalloz (D. P. 1908.2.321) sous un arrêt de la Cour de Paris en date du 15 décembre 1906, a rapproché la fusion envisagée sous cet angle spécial de la cession des droits successifs que possède un héritier.

2.766; Duvergier, *Des Sociétés*, 379; Pont, *Traité des Sociétés*, t. I, n° 259; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la Société*, n° 175; Hue, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, n° 282; Lyon-Caen et Renault, 4<sup>e</sup> éd., t. II, n° 21; Thaller et Pic, t. I, n° 34; Arthuys, t. I, n° 5.

1. Paris, 20 mars 1868 et Req. 28 avril 1869, D. P. 69.1.445; Paris, 18 décembre 1884, D. P. 86.2.15; Civ. cass. 24 décembre 1894, D. P. 95.1.206.

Comp. en sens opposé, Bordeaux, 5 août 1868, D. P. 69.2.111.

Il se demande à ce sujet si l'hérédité est une universalité qui fait principalement et directement l'objet de la cession ou si la cession ne porte que sur chaque objet composant l'actif de l'hérédité.

Ce parallèle procède bien d'une idée que nous serons les premiers à reprendre tout à l'heure, mais il ne faut pas exagérer les conséquences d'une similitude.

Reprenons et situons les positions de chacun dans les opérations comparées.

Dans la cession de droits successifs, il faut imaginer :

- un *de cujus*,
- des héritiers cédants,
- des ayants cause à titre particulier de ces héritiers, c'est-à-dire des cessionnaires,
- un tiers débiteur cédé.

La question est alors de savoir si la cession par l'héritier à son ayant-cause doit être signifiée au tiers débiteur cédé.

Dans la fusion au contraire il faut imaginer :

- un *de cujus*, — qui est la Société absorbée,
- un héritier, — qui est la Société absorbante,
- un tiers débiteur.

Dans l'hypothèse de la fusion, il n'y a pas de cession. Il n'y a qu'une transmission à titre universel. On peut en conclure qu'il n'y a aucune signification à faire au tiers débiteur.

Car il faut affirmer, vis-à-vis des sociétés fusionnantes, l'indépendance du patrimoine social par rapport aux créances et aux dettes qui le composent. On peut aisément s'en rendre compte pour le patrimoine social aussi bien que pour l'hérédité d'un particulier.

Le patrimoine d'un particulier continue à subsister indépendamment de la vie physique de son propriétaire.

Les co-héritiers n'ont sur cette hérédité qu'un droit portant sur une quote part de ce patrimoine; ils ne possèdent pas une série de droits particuliers sur des objets individualisés.

Le patrimoine social subsiste également en cas de liquidation par suite de dissolution d'une société. Ce patrimoine continue à subsister global, massif, indépendant, dans son existence propre, et des créances et des dettes qui le composent.

On ne peut donc voir dans la fusion autre chose que la transmission globale d'un patrimoine.

Et, de même que des héritiers n'ont rien à signifier au débiteur d'une créance faisant partie d'un patrimoine héréditaire sur lequel ils ont un

droit total ou partiel, de même la Société absorbante ne saurait se voir opposer le défaut de signification.

C'est d'ailleurs ce qu'ont bien compris un certain nombre d'auteurs <sup>1</sup>.

C'est également ce qu'a exprimé une partie de la jurisprudence <sup>2</sup>, lorsqu'elle parle de *substitution en général, de simple transmission de droits généralement quelconques* et enfin de *substitution active et passive*.

M. Levillain, dans la note que nous avons signalée, oppose un arrêt de la Cour de Paris de 20 mars 1868 et celui de la Chambre des Requêtes du 28 avril 1869 (D. P. 69.1.445).

Nous pensons que ces arrêts ne nous contredisent pas.

D'abord parce qu'il ne s'agit pas de Société, c'est-à-dire d'un être doué d'une personnalité qui n'est pas discutée, mais bien d'un fonds de commerce.

Ensuite parce que ces arrêts sont déjà fort anciens et qu'à cette époque on ne savait pas s'il fallait doter le fonds de commerce d'une individualité propre, s'il fallait le considérer comme un patrimoine indépendant; cette question n'est réglée que depuis la loi de 1909.

Nos lois subissent une évolution profonde et relativement rapide. Il devient souvent très difficile de se servir utilement d'une jurisprudence qui, à cause de sa date, n'a manifestement pas subi l'influence de l'évolution qui fait que les choses sont aujourd'hui d'une couleur un peu avivée ou un peu transformée.

On objecte aussi que la transcription est nécessaire. Mais la transcription est nécessaire pour toutes les transmissions. Les formalités de l'article 1690 ne sont au contraire réclamées qu'en cas de cession; or, il n'y a pas cession, et, surtout, il n'y a pas cession individuelle.

Enfin, il faut faire remarquer que l'article 1690 n'est qu'une mesure de publicité.

Dans une fusion, nous avons déjà montré qu'une publicité légale très grande était nécessaire.

Ce n'est pas parce que ces deux publicités feraient double emploi que celle de l'article 1690 n'est pas requise; il en est ainsi parce que les objets de cette publicité sont différents, et que la fusion ne rentre pas dans l'objet de la publicité qu'ordonne l'article 1690.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier l'effet nécessaire de la publicité

1. Laurent, *op. cit.*, t. XXIV, nos 478 et 567; Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, nos 761 et 866. — *Contrà*, Demante et Colmet de Santerre, t. VII, n° 142 bis; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente et de l'échange*, nos 905 et suiv.

2. Bordeaux, 15 août 1868, D. P. 69.2.111; Paris, 15 décembre 1906, D. P. 1908.2.321.



spéciale ordonnée par la loi du 17 mars 1909 sitôt qu'il y a vente, ou apport, d'un fonds de commerce.

La loi de 1909 considère bien le fonds de commerce comme une universalité.

Ce fonds comprend, à côté de valeurs immatérielles, une clientèle, un achalandage, une renommée spéciale, de nombreuses valeurs matérielles, toutes confondues en un ensemble indissoluble. Et ces valeurs matérielles comprennent des créances, à côté d'un droit au bail, d'un stock de marchandises, de machines, d'un agencement industriel ou commercial.

Quand il y a cession d'un fonds de commerce, le tout est cédé en bloc; on n'est amené à distinguer les marchandises que pour bénéficier d'un droit réduit d'enregistrement.

Les créances dépendant du fonds suivent ce fonds, comme un accessoire nécessaire, et souvent très réel, de l'achalandage.

Nous pensons en conséquence que, tant par application des principes généraux que par application des règles spéciales aux transmissions de fonds commerciaux posées par la loi de 1909, les formalités de l'article 1690 sont inutiles en cas de fusion et que le débiteur d'une société absorbée ne saurait opposer le manque de signification à la société absorbante qui réclamerait ce qui lui est dû.

Au surplus, on ne peut manquer de noter que toutes ces discussions sur les droits du débiteur de la société absorbée manquent beaucoup d'intérêt pratique, car le débiteur doit payer, et il lui importe peu de payer à l'un ou à l'autre. L'essentiel pour lui est de ne payer qu'une fois, par conséquent de payer à une personne ayant capacité pour lui donner quittance. Mais c'est là tout le problème.

La situation du créancier — qui, lui, a fait confiance à la société absorbée et à son patrimoine, — est très différente, comme nous le verrons à l'instant.

Si nous examinons maintenant les problèmes soulevés par la fusion au regard des créanciers de la société absorbée, nous ne pouvons manquer de constater que la question est alors infiniment plus délicate. Du reste, on ne peut que remarquer une chose, c'est que les solutions proposées au sujet de ces créanciers sont plus embrouillées, s'il est possible, que celles proposées au sujet des débiteurs de la société absorbée.

La difficulté provient de ce fait que le débiteur originaire était la société absorbée, et qu'après la fusion le débiteur, c'est la société absorbante. Or, on sait qu'en droit français, la personnalité du débiteur

est un élément essentiel du consentement dans ce rapport de droits qui est une créance.

On a tenté d'expliquer ce changement par des combinaisons aussi ingénieuses qu'inadmissibles. On a parlé de novation, de délégation, ce qui, nous le prouverons, n'est pas possible dans la fusion.

Il faut d'abord spécifier au sujet de quels créanciers sociaux une question litigieuse peut naître.

Pour nous, il ne faut faire nulle différence entre les créanciers privilégiés et les simples créanciers chirographaires. En effet les créanciers privilégiés conservent bien leurs droits sur le gage qui garantit leur créance.

L'article 2114 du Code civil établit le droit de suite qui leur est attribué sur les immeubles grevés, en quelques mains que passent ces immeubles.

Peu importe, par conséquent, à ces créanciers, que le gage qui faisait partie du patrimoine de la société absorbée fasse désormais partie du patrimoine de la société absorbante. Les créanciers hypothécaires n'ont rien à craindre quant à la consistance du gage ou quant à l'étendue de leur garantie, étant donné le rang de leur inscription.

Il n'en est pas moins vrai que les créanciers hypothécaires ne sont pas autre chose que des créanciers ordinaires qui se sont vu consentir une garantie spéciale.

Le contrat duquel procèdent tous leurs droits demeure un contrat de prêt.

Selon les notions générales du droit français, le consentement donné par le prêteur s'analyse comme ayant été déterminé par la personne de l'emprunteur et par l'idée générale que le prêteur se faisait de sa solvabilité.

La personnalité de l'emprunteur demeure dans tous les cas un élément essentiel.

Aucun changement ne peut, en théorie au moins, être arbitrairement apporté à cette personnalité sans le concours du prêteur.

Cela est vrai pour tous les créanciers, même pour les créanciers gagistes, le gage n'étant qu'un accessoire, et le contrat principal étant un contrat de prêt, toujours consenti en considération de la personnalité de l'emprunteur.

Ce qui est seulement exact, en pratique, mais non en droit, c'est que la fusion peut entraîner des conséquences beaucoup plus importantes pour le créancier chirographaire. Ce dernier pourra, en fait, subir un préjudice quand le créancier gagiste n'en subira pas. Il pourra donc, en

fait, émettre des plaintes que ne formulera pas le créancier gagiste. Mais, en droit, la situation pour l'un et l'autre est identique.

Nous nous trouvons donc indistinctement en face de trois catégories de créances généralement quelconques : les créances exigibles, les créances à court terme, et les créances à long terme.

■ Pour les créances immédiatement exigibles, la question n'offre pas de difficultés. Puisque les créances sont échues, elles peuvent être acquittées par la société absorbée avant que la dissolution ne soit prononcée.

Pratiquement, les parties auront le plus grand intérêt à adopter cette façon de faire qui est la plus simple et qui empêche toute discussion quant au changement de débiteur.

Pour les créances à court terme le problème devient plus complexe. En effet si le terme est assez proche pour que le créancier puisse être payé avant la réalisation de la fusion, cette solution est recommandable; au cas contraire, le créancier devra être payé par la société absorbante et le problème est théoriquement le même que pour les créanciers à long terme.

C'est donc pour les créances à long terme que le problème se pose réellement et demeure très épineux. Il faut tout d'abord écarter l'opinion simpliste par laquelle la fusion entraîne la déchéance du terme<sup>1</sup>.

La jurisprudence a toujours déclaré qu'il n'en serait pas ainsi<sup>2</sup>.

Et cette dernière solution est absolument logique.

Le bénéfice du terme fait partie intégrante du contrat passé jadis par la société absorbée.

Le patrimoine de cette société absorbée est précisément constitué par l'ensemble des contrats qu'elle a pu passer,

Si ce patrimoine s'amalgame avec un autre patrimoine social, il ne peut le faire qu'avec toutes ses charges, mais aussi avec tous ses avantages.

Le tout est, uniquement, que les créanciers ayant fait confiance au premier patrimoine ne puissent être manifestement ou dolosivement lésés.

Ce n'est que lorsqu'il en serait ainsi qu'il pourrait y avoir déchéance du terme<sup>3</sup>.

1. Houpin et Bosvieux, 5<sup>e</sup> éd., p. 775.

2. Trib. comm. Seine, 25 juin 1883, *Rev. Soc.* 83.566; Trib. comm. Seine, 27 août 1883, *Rev. Soc.* 1883.759.

3. Encore faut-il, aux termes de l'article 1188 du Code civil, qu'il y ait diminution des sûretés promises au créancier, et aux termes de la jurisprudence, diminution des sûretés spéciales consenties par le moyen de conventions particulières (Comp. Civ. cass. 10 mai 1881, D. P. 1882.1.201; Civ. cass. 6 janvier 1885, D. P. 86.1.55).

Mais il y aura en ce cas une preuve dont le fardeau pèse sur le créancier.

Au premier rang des créanciers intéressés nous trouvons les obligataires. En effet, le terme de leur créance est fixé par le contrat qui les liait à la société absorbée. Mais il faut observer que les obligataires peuvent être intéressés à voir le contrat se prolonger. Le bénéfice du terme, dont parle l'article 1187, peut facilement, quand il s'agit d'obligations émises par une société, être considéré comme établi dans l'intérêt du prêteur autant que dans celui du débiteur<sup>1</sup>.

Par exemple les obligataires peuvent avoir prêté leurs capitaux à un moment où la société avait besoin d'argent. Les conditions qu'ils ont obtenues leur ont été consenties en considération de cet état de fait, et en conséquence des risques originairement courus; le contrat peut être avantageux pour eux, obligataires, si on l'envisage au jour où se produit ultérieurement la fusion.

Ils peuvent donc exiger que leurs créances ne leur soient remboursées qu'au jour fixé et non prématurément. Qui assurera le service des obligations postérieurement à la fusion? Ce sera indiscutablement la société absorbante<sup>2</sup>. Et s'il y avait des garanties spéciales affectées à l'emprunt obligataire, ces garanties subsisteront intégralement lorsque ce sera la société absorbante qui sera devenue débitrice, par l'effet naturel de l'entrée dans son patrimoine de toutes les valeurs actives de la société originairement débitrice de ces obligations.

Parmi les créanciers intéressés à discuter les conditions de la fusion, nous trouvons encore les porteurs de parts de fondateur si la société a émis de ces titres.

Depuis la loi du 23 janvier 1929, ces porteurs de parts doivent être en effet considérés comme des créanciers. On ne voit d'ailleurs pas très bien de quoi ils sont créanciers, au sens propre du mot.

Ce sont des créanciers sociaux comme les actionnaires sont, eux aussi, des créanciers sociaux. On ne leur doit rien en somme. Et surtout il n'y a pas de terme, pas d'échéance. Ce qu'il y a, c'est qu'ils ont des droits, et que ces droits dans la société absorbante doivent être équivalents à ceux qu'ils avaient dans la société absorbée. On ne doit point commettre de fraude à leur égard, comme à l'égard de tous d'ailleurs. Et cela suffira pour leur rendre la fusion opposable. Quant aux

1. Comp. entre autres décisions, Req. 21 avril 1896, D. P. 96.1.484; Civ. cass. Belgique, 7 juin 1900, D. P. 1910.5.54.

2. Trib. comm. Lyon, 1<sup>er</sup> juillet 1921, *J. Sec.* 1924.412.



sociétés avec porteurs de parts, constituées postérieurement au 23 janvier 1929, une délibération et un vote de l'Assemblée générale des porteurs de parts sera nécessaire.

Quelle est donc l'opération juridique qui permettra ainsi ce changement de débiteur?

Il faut tout d'abord écarter l'opinion qui consiste à conseiller aux sociétés absorbées de payer leur passif avant d'opérer la fusion<sup>1</sup>. Ceci n'est pas résoudre le problème. C'est le supprimer. Mais à quel prix. Les auteurs juridiques qui préconisent froidement de semblables solutions paraissent peu au courant des difficultés de la vie.

On a parlé de novation. La novation est une expression désignant un changement dans l'obligation. C'est une expression intrinsèquement vague. Chaque fois qu'un élément subjectif ou un élément objectif d'un lien de droit est changé dans une obligation, il y a novation. On peut donc nover par changement d'objet, par changement de créancier, par changement de débiteur. Mais la novation entraîne l'extinction de la première obligation et la naissance d'une seconde obligation. Tout ce qui constituait la première obligation disparaît, éléments principaux et accessoires, et, par conséquent, les sûretés.

Pour un acte aussi grave puisqu'il modifie profondément et complètement le rapport juridique, on comprend que le Code civil exige l'intention de nover de toutes les parties. La novation ne se présume pas (art. 1273). Comme le dit justement l'éminent professeur Hémarde « elle est une *renonciation* du créancier à sa créance, et on ne présume pas la renonciation à un droit<sup>2</sup> ».

La jurisprudence est très stricte quant à cette preuve de la novation. Elle n'admet pas que le règlement par billets emporte novation; selon la jurisprudence, il n'y a pas là d'intention de nover. La loi du 12 août 1926 modifiant l'art. 13 de la loi du 14 juin 1865 le déclare également en matière de chèques : « La remise d'un chèque en paiement, accepté par un créancier, n'entraîne pas novation ».

Dans ces conditions, il semble difficile d'admettre qu'il y ait, en cas de fusion de sociétés, novation, au sens juridique du mot, quant aux créanciers de la société absorbée. Il faudrait que chaque créancier manifestât son intention expresse de nover, faute de quoi la fusion serait réputée faite en fraude des droits de ce créancier récalcitrant ou peut-être impossible à trouver. On voit les difficultés pratiques inextricables.

1. Houpin et Bosvieux, n° 964.

2. Hémarde, *Précis de droit civil*, 2<sup>e</sup> année, n° 1726, p. 269.

cables où l'on tombe. Nous montrerons d'autre part, tout à l'heure, que ce système est, en outre, difficilement soutenable au seul point de vue juridique.

M. Auger préconise la délégation, une délégation imparfaite par laquelle la société absorbée donnerait mandat à la société absorbante d'acquitter le passif<sup>1</sup>. Remarquons que par ce système, il n'y a pas novation et c'est la même obligation qui subsiste. Celle-ci demeure avec tous ses éléments principaux, avec tous ses éléments accessoires, par conséquent avec toutes ses sûretés. Même, la délégation ajoute une nouvelle sûreté : celle, pour le créancier de pouvoir réclamer le paiement soit au déléguant, soit au délégué. A part cela, tous les inconvénients de la novation subsistent, notamment; le concours du créancier, le délégataire, est indispensable.

En plus la délégation imparfaite laisse le déléguant, en l'occurrence la société absorbée, tenu vis-à-vis du créancier; la délégation imparfaite n'est, en effet, qu'une obligation de garantie, comme le cautionnement et la solidarité. Ce n'est rien de plus. Cela ne répond en rien à l'opération que nous cherchons à qualifier. Cela n'est pas cela qui se passe dans la pratique.

Mais ces systèmes ont, de plus, un vice général.

En effet, par la novation, par la délégation, ou par tout autre système similaire, la société absorbante n'est considérée que comme *un ayant cause à titre particulier* de la société absorbée. Et, sans vouloir revenir sur la discussion soutenue déjà précédemment, la société absorbante ne peut pas être considérée comme telle. Elle est *un ayant cause à titre universel*<sup>2</sup>. Ne cessons pas de le répéter : la fusion n'est pas une opération consistant en l'apport des valeurs actives d'une société que l'on rémunère par l'acquit d'un passif et la distribution d'actions nouvelles de la société absorbante. Non. C'est la transmission d'un patrimoine entier qui se compose d'éléments divers. Mais c'est le patrimoine qui fait l'objet de la fusion. La société absorbante a, sur ce patrimoine, une vocation pour la totalité, comme les héritiers d'une succession ont, sur l'hérédité du *de cuius*, une vocation pour la totalité ou pour une quote part. Leur qualité est indépendante de leurs émoluments. Et l'on peut même écrire que la société absorbante est l'héritière de la société absorbée défunte.

Pourquoi ne pourrait-on pas le dire?

1. Bernard Auger, La fusion, *Rev. Soc.* 1925, p. 94.

2. V. Wahl, *J. Soc.*, 1910, 193 et suiv.; S. 1912.2.297.

A cette solution, qui pourtant répond seule aux données de l'hypothèse, on objecte certains arguments que M. Lacour a, dans un article, énoncés d'une façon saisissante<sup>1</sup>. Il faut remarquer tout de suite que M. Lacour sentit toute la faiblesse de la novation pour expliquer la situation. Aussi fut-il forcé de conclure sans donner de réponse, sans résoudre le problème. Nous croyons pour notre part que M. Lacour a obéi à un excès de prudence. Ce ne peut être en effet que par des scrupules exagérés que l'on repousse la théorie de la Société absorbante ayant cause à titre universel.

En premier lieu, on objecte : cette succession n'est pas prévue dans le Code civil; on ne saurait l'admettre aujourd'hui.

Sans vouloir retracer ici les évolutions qu'a suivies notre droit depuis le Code civil, il faut faire cependant remarquer que bon nombre d'idées juridiques existant aujourd'hui n'étaient même pas soupçonnées en 1804; rappelons la stipulation pour autrui, la notion de la cause, l'abus du droit, le risque, la notion même, la notion vraie de la Société anonyme (et c'est peut-être là qu'il faudrait voir l'explication). De plus, il faut faire également remarquer que si cette succession n'est pas prévue, le Code civil lui-même n'a pas manqué de signaler l'analogie qu'il y a entre la dissolution d'une Société et la mort d'un homme, les deux événements aboutissant à la disparition d'une personnalité. Nous trouvons bien en effet au Code civil même l'article 1872 qui est ainsi conçu : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers s'appliquent au partage entre les associés. » Evidemment, nous ne croyons pas avoir trouvé la justification de notre théorie par ce seul article. Mais nous pensons que le Code civil a établi par cet article 1872 une analogie entre des deux situations. Et si le Code civil n'a pas poussé plus loin la comparaison, s'il n'a pas établi la succession des Sociétés, on peut dire, croyons-nous, que c'est parce que les Sociétés n'avaient en 1804 ni l'importance, ni le développement prodigieux, ni les caractères pratiques qu'elles ont aujourd'hui.

Du reste, l'article 725 du code civil ne demande qu'une seule chose pour être apte à succéder : l'existence.

Or, les personnes morales existent.

Elles existent de par l'article 529 du code civil qui déclare que les actions et parts d'intérêt dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie, sont des meubles *par la détermination de la loi*.

1. Lacour, *J. Soc.* 1913, p. 114.

C'est donc bien la loi elle-même qui crée cette personnalité morale, par conséquent cette existence, par conséquent cette aptitude à succéder.

On nous objecte ensuite que la loi qui consacrerait une telle théorie devrait prévoir le bénéfice d'inventaire au profit de la Société absorbante. Remarquons que ceci ne constitue pas, à proprement parler, une objection. Remarquons en outre que si le bénéfice d'inventaire n'existe théoriquement pas, il fonctionne cependant pratiquement. Car la fusion est un contrat établi sur des bases qui sont les comptabilités des Sociétés, les inventaires que celles-ci dressent, les comptes enfin qu'elles tiennent.

Ces comptes sont soumis aux actionnaires de la société absorbante, c'est-à-dire à ceux qu'il est possible d'assimiler à un héritier à titre universel.

Ces actionnaires, cet héritier, vont-ils pouvoir accepter *de plano* la masse active et passive qui leur est offerte?

Non.

Ils doivent nommer un commissaire, c'est-à-dire un mandataire spécialement chargé de procéder à l'expertise de cette masse active et passive.

Ce n'est que lorsque ce mandataire aura procédé à cette expertise, qu'il aura exposé le résultat de ces recherches et de ses examens que la masse des actionnaires, assimilable à un héritier, se prononcera sur l'acceptation de la masse active et passive qui lui échoit.

Ce n'est pas là tout à fait l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, mais on ne peut méconnaître qu'il y a là une opération qui s'apparente de très près avec l'inventaire que le Code civil permet à l'héritier.

On nous objecte enfin qu'on ne voit pas à quel titre les créanciers de l'ancienne Société (c'est-à-dire de la société absorbée) pourraient actionner la nouvelle (c'est-à-dire la société absorbante) sur des biens autres que ceux qui lui ont été transmis par la première.

Nous n'apercevons pas, quant à nous, la valeur de cette objection. Nous n'en voyons même pas l'objet. Si la société absorbante est l'ayant-cause à titre universel de la société absorbée, cela signifie qu'elle a acquis des droits sur le patrimoine entier de leur auteur. Car s'il peut être question de quote part en matière d'héritiers, il ne peut en être question en matière de société absorbante. Cette dernière ne peut que tout absorber. Cela signifie également qu'elle a été représentée par son auteur, c'est-à-dire par la société absorbée, dans tous les actes que cet auteur a passés antérieurement à la fusion. Et en conséquence, ces actes



produisent leur plein effet directement à l'égard de la société absorbante, ayant cause à titre universel.

Nous ne voyons aucune difficulté juridique à cette opération qui est le principe même de la représentation des ayants cause à titre universel par leur auteur.

Et comme ce sont les ayants cause à titre universel qui sont directement liés, c'est tout leur patrimoine qui se trouve engagé.

Les objections de M. Lacour ne nous ont donc pas convaincu.

D'autant plus que la loi du 17 mars 1909 a réglé dans le sens que nous préconisons pour les fusions de Sociétés, une question similaire d'apport de fonds de commerce. Mais, nous l'avons d'ailleurs déjà dit, ce n'est pas par une extension de cette loi, qui est rigoureusement exceptionnelle, que cette solution doit être admise pour les fusions. C'est au contraire parce que, seule, elle rentre dans les principes généraux qui dominent la question, principes généraux qu'il ne faut pas oublier et dont nous nous contentons de faire une application dans toutes hypothèses autres que celles réglées déjà par la loi du 17 mars 1909.

Sans doute, la succession dont nous parlons ici n'est pas une succession au sens des articles 718 et suivants du code civil.

Il n'y a pas héritage.

Mais il y a transmission à titre universel.

Et le caractère universel de cette transmission suffit, à notre avis, pour faire attribuer à cette opération un caractère successoral et à en faire régler les modalités d'après toutes les règles propres aux successions des patrimoines ayant appartenu à des personnes physiques.

Du reste, la Cour de cassation reconnaît volontiers l'analogie frappante qui existe entre le droit propre aux sociétés et le droit propre aux héritages. Les règles spécialement édictées dans une des deux hypothèses sont en quelque sorte interchangeables.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 avril 1924 (D. P. 1924. 1.169) spécifie notamment que les tribunaux sont investis d'un pouvoir discrétionnaire à l'effet de nommer un administrateur provisoire à une succession; spécialement, cette nomination est justifiée lorsque les héritiers manifestent les uns pour les autres des sentiments d'animosité, et que le testament du *de cujus* est l'objet d'une demande en nullité pour captation; peu importe que les héritiers soient réservataires et que le testateur ait désigné un exécuteur testamentaire avec les pouvoirs les plus étendus.

Qu'est-ce à dire, sinon une application pure et simple à la matière des

héritages des règles posées, en matière de sociétés, par l'article 1871 du code civil et des suites naturelles que la jurisprudence a été amenée à donner à ce texte?

Cette jurisprudence assimile bien les deux hypothèses, la masse globale d'un patrimoine possédé par un ensemble de *coassociés*, divisés par des dissentiments graves et persistants, la masse globale d'un patrimoine possédé par un ensemble de *cohéritiers* également divisés par des dissentiments graves et persistants.

Dans un cas comme dans l'autre, il y a lieu à la nomination d'un séquestre, même si les circonstances motivant cette décision ne rentrent pas dans l'un quelconque des cas visés par l'article 1961 du code civil.

Et cette jurisprudence est d'autant plus remarquable que, sitôt qu'il ne s'agit plus de patrimoines sociaux ou de patrimoines successoraux, la jurisprudence se refuse à la nomination d'un séquestre, par respect du principe de la propriété. C'est notamment ce qui est décidé en faveur du mari, administrateur et usufruitier des biens communs et des propres de la femme. En pareil cas, toute idée abstraite de patrimoine ne peut entrer en ligne de discussion; aussi la jurisprudence se refuse-t-elle à la nomination d'un séquestre, qui, sur la demande de la femme, priverait, de l'administration des biens communs, le mari, seigneur et maître de la communauté<sup>1</sup>.

C'est de l'attitude prise sur le caractère de la fusion que dépendront les solutions à donner à un certain nombre de problèmes qui s'y rattachent. Nous serions incomplets si nous ne mentionnions point les problèmes relatifs à la jonction des possessions, à la prescription, et aux substitutions prohibées.

Les problèmes de la jonction des possessions et de la prescription sont étroitement liés l'un à l'autre. Nous les étudierons ensemble.

Si nous considérons la Société absorbante comme l'ayant cause à titre universel, c'est la même possession qui continue. La Société absorbante conserve la possession de la Société défunte, son auteur. Elle peut invoquer la prescription de dix ou vingt ans, si la société absorbée, son auteur, avait juste titre et bonne foi<sup>2</sup>, même si, elle, société absorbante, est de mauvaise foi, et cela parce que c'est la même possession initia-

1. Comp. Colin et Capitant, I, 221; Planiol, I, 1252.

Comp. Paris, 13 avril 1889, D. P. 92.2.552; Lyon, 25 mai 1892, D. P. 92.2.535; Bordeaux, 11 janvier 1893, D. P. 93.2.518; Paris, 30 octobre 1894, D. P. 95.2.223; Montpellier, 31 janvier 1895, D. P. 95.2.355; Nancy, 13 juillet 1895, D. P. 96.2.211; Req. 2 mars 1920, D. P. 1921.1.71; Paris, 23 juillet 1921, D. P. 1922.2.8.

2. Pour plus de détails sur ces notions, voir Hémard, *Précis de Droit civil*, t. I, n° 997.

lement régulière qui continue. Au contraire, si la société absorbée n'avait pas de juste titre, la société absorbante ne saurait bénéficier de cette prescription abrégée, même si elle est de bonne foi, parce que la possession de son auteur n'en a jamais bénéficié.

Si nous considérons la société absorbante comme l'ayant cause à titre particulier, il y a deux possessions, celle de la société absorbée, celle de la société absorbante. Et à chacune de ces possessions on appliquera les règles de la prescription; la prescription abrégée de dix ou vingt ans ne sera possible que si l'auteur et son ayant cause ont, chacun, juste titre et bonne foi.

Nous ne connaissons pas de décisions judiciaires rendues à ce sujet, mais nous n'hésitons pas à croire que les tribunaux, s'ils venaient à être saisis d'un pareil litige, rendraient les décisions inspirées par les principes qui les guidèrent au sujet de la substitution. Ils opteraient pour la première solution. Ils envisageraient bien la société absorbante pour ce qu'elle est. Ils regarderaient cette société absorbante comme l'ayant cause à titre universel de la société absorbée. C'est la solution la plus raisonnable. C'est, croyons-nous, la seule qui ne prêterait pas à des contradictions trop flagrantes.

« La substitution est une disposition par laquelle, en gratifiant une « personne (le grevé de substitution) un donateur ou testateur le charge « de rendre la chose donnée ou léguée à un tiers gratifié en second « ordre (l'affecté) » <sup>1</sup>.

Les substitutions prohibées sont celles qui réunissent quatre caractères : double libéralité portant sur le même objet, à charge de conserver et de rendre, établissant un ordre successif, désignant comme appelées des personnes futures.

On aurait pu croire que les substitutions prohibées ne concernaient que les personnes physiques, puisqu'il fallait l'établissement d'un ordre successif. Et, suivant la majorité de la doctrine, il ne saurait être parlé d'ordre successoral modifié par la substitution <sup>2</sup>.

Remarquons que, sur ce point, le problème soulevé dépasse légèrement le cadre de notre question. Nous cherchons à démontrer que lorsque certains événements se produisent entre deux ou plusieurs personnes morales, il intervient une opération exactement identique à une succession patrimoniale. Ce que la doctrine n'admet pas, c'est qu'il y ait un ordre successoral pour les Sociétés. La question est différente.

1. Hémard, *Précis de Droit civil*, t. III, n° 2883.

2. Hémard, *op. cit.*, n° 2894; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 3097; Planiol, t. III, n° 3285; Bartin, sur Aubry et Rau, t. II, § 694; Colin et Capitant, t. III, p. 961.

Cependant, si l'on admettait qu'il y a un ordre successoral pour les Sociétés, il est bien évident que l'on ne saurait discuter plus longtemps au sujet de la réalité des successions des personnes morales : on ne saurait comprendre l'ordre successoral sans avoir admis le principe de la succession. Or, c'est justement cet ordre successoral qu'a admis à plusieurs reprises la jurisprudence. On peut même dire qu'elle l'a admis constamment, et cela dès 1822. C'est en effet à cette date que nous trouvons le Conseil d'Etat appliquer l'article 896 aux personnes morales (22 mars 1822).

Et, depuis, la jurisprudence est constante. Elle parle d'*ordre successif* et déclare que les dispositions ont un *caractère successif nettement déterminé*<sup>1</sup>.

C'est pour toutes ces raisons, tant de fait que de droit, que nous admettrons que certaines opérations concernant une personne morale ont un caractère successoral, doivent suivre les règles propres aux successions ayant pour objet le patrimoine d'une personne physique, et que nous dirons que la société absorbante, dans une opération de fusion, ne peut être que l'ayant cause à titre universel de la société absorbée.

**88. Transformation.** — L'article 41 de la loi du 7 mars 1925 autorise expressément la transformation en société à responsabilité limitée de toute société, quelle que soit sa forme, qu'elle appartienne au groupe des sociétés de capitaux ou au groupe des sociétés de personnes.

Ce même article ne paraît autoriser, par mouvement inverse, que la transformation en société anonyme des sociétés à responsabilité limitée.

Il réserve le droit des tiers.

Un point paraît tout d'abord acquis.

Il résulte de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, surtout si on l'assortit à la loi du 22 novembre 1913, que le changement de forme est une modification statutaire.

Ce n'est que cela.

Par conséquent, la Société qui se contente de changer de forme reste

1. Et, notamment, Cons. d'Etat, 29 mars 1822 cité par M. le conseiller Georges Lemaire au D. P. 1896.1.345; Paris, 2 juin 1893, D. P. 93.2.516 et sur pourvoi, Req. 12 février 1896, D. P. 96.1.545; Trib. civ. Seine, 29 janvier 1891, S. 92.2.262. — Comp. Paris, 21 mai 1890, D. P. 91.2.239; Lyon, 7 juin 1910, *Mon. Jud. Lyon*, 28 juillet 1910; Civ. ref. 18 juin 1913, D. P. 1918.1.100.



exactement ce qu'elle était auparavant quant à toutes autres dispositions statutaires.

Cela est vrai pour les sociétés anonymes; cela est vrai pour les sociétés à responsabilité limitée; cela est vrai pour les sociétés constituées sous toutes autres formes, sous la condition que ces sociétés, aient déjà une personnalité morale et soient susceptibles de se transformer en société dotée de la personnalité morale sans entraîner nécessairement et *ipso facto*, la création d'une société nouvelle <sup>1</sup>.

Les règles propres à la transformation d'une société en société à responsabilité limitée ou inversement doivent être étudiées suivant que la société deviendra, après sa transformation, une société à responsabilité limitée, ou, au contraire, suivant que c'est une société à responsabilité limitée qui se transforme en une société de même nature.

*A. Transformation d'une Société déjà existante en Société à responsabilité limitée.* — L'article 41 est formel. Il prévoit la transformation en société à responsabilité limitée de toute société, en nom collectif, en commandite simple ou par actions, ou anonyme.

La société de personnes qui voudra se transformer devra justifier du consentement unanime des associés, sauf disposition contraire et expresse des statuts. Il se peut que, dans les statuts d'une société en commandite par parts, certains droits aient été conférés à l'Assemblée générale des associés statuant seulement sous certaines conditions de quorum et de majorité.

Dans ce cas, la décision de cette Assemblée s'imposera aux absents ou aux dissidents. L'Assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions est théoriquement compétente, pour décider, sur quorum des trois quarts, et à la majorité des deux tiers des actions présentes ou représentées, la modification statutaire qui consiste à donner à la société une forme autre que celle originellement acceptée par les associés. Cela était vrai; croyons-nous, depuis la loi du 22 novembre 1913; cela est aujourd'hui indiscutablement vrai depuis qu'est intervenue la loi du 1<sup>er</sup> mai 1930.

Mais si tel est le principe, conséquence naturelle de la loi du 1<sup>er</sup> mai 1930 et de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, il s'en faut de beaucoup que ce principe puisse, dans l'immense majorité des cas, recevoir une application pratique.

La raison en est dans un autre principe qui domine la matière des actions par actions : une assemblée générale ne peut, autrement qu'à

1. Comp. en ce sens, Instruction de l'enregistrement du 11 avril 1925, alinéa 2.

l'unanimité (et alors, ce n'est plus une Assemblée générale) augmenter les charges originellement acceptées par les associés.

La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît qu'une assemblée générale d'actionnaires demeure, pour cette cause, sans compétence pour supprimer la faculté que possédaient originellement les associés de matérialiser leurs droits sociaux par des titres au porteur, et d'ordonner que, dorénavant, toutes les actions soient nominatives, avec cession réglementée et soumise au contrôle du Conseil d'administration <sup>1</sup>.

Dès lors on peut très légitimement douter qu'une Assemblée générale d'actionnaires puisse, malgré les termes en apparence contraires de l'article 41 de la loi du 7 mars 1925, décider la transformation de la société anonyme en une société à responsabilité limitée.

En effet les actions vont devenir des parts sociales dont nous avons déjà noté les caractéristiques (voir *suprà*, nos 22 et 49).

Par conséquent, soit que l'on envisage les principes généraux du droit en matière de sociétés par actions, soit que l'on envisage la jurisprudence plus étroite qui s'est produite à ce sujet, on ne peut faire autrement que de reconnaître que la transformation d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée est impossible sur un simple vote de l'Assemblée générale des actionnaires. Il faut une adhésion unanime des actionnaires.

Par conséquent nous sortons du domaine des consentements collectifs pour entrer dans le domaine des consentements individuels.

L'objection que nous soulevons, et que nous croyons dirimante, prend encore plus de force lorsqu'on considère que l'article 22 de la loi du 7 mars 1925 soumet la négociation d'une part sociale au consentement d'une majorité représentant les trois quarts au moins du capital social. Il suffira donc qu'un associé possède un peu plus, à lui tout seul, d'un quart du capital social, et le cas est fréquent, pour que toutes cession de parts à un tiers, étranger au cercle des associés, ne puisse se faire sans le consentement individuel de cet associé principal.

Il y a là un risque, et, en même temps, une lourde sujétion.

De telle sorte que l'on peut légitimement supposer que le consentement donné par un souscripteur qui s'oblige envers une Société anonyme a existé en considération du droit essentiel que l'actionnaire aurait toujours de librement négocier son titre, et on peut admettre que ce consentement ne serait pas intervenu si le souscripteur avait su que ce droit essentiel lui serait, un jour, en partie retiré.

1. Voir Copper Royer, t. II, nos 416, 565 et 565 bis.

Pour ces diverses raisons, nous pensons qu'il est impossible que l'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme vote, à la majorité, la transformation de la société en société à responsabilité limitée.

Cette décision serait valable théoriquement, parce qu'elle serait prise régulièrement, dans les formes, avec le quorum et la majorité voulus par la loi; mais elle serait inopposable à ceux des actionnaires, qui, n'ayant pas individuellement participé à la réunion, ou ayant voté contre la transformation, en demanderaient la nullité<sup>1</sup>.

Comme une société ne peut pas être anonyme en ce qui concerne certains des associés et à responsabilité limitée en ce qui concerne les autres, l'inopposabilité à certains de la résolution votée entraîne la nullité de cette résolution et l'obligation, pour la masse des associés, de revenir au *statu quo ante*.

Le tribunal devra décider que, faute par la masse des actionnaires d'avoir, dans le délai imparti, rétabli le *statu quo ante*, la dissolution anticipée de la société se produira automatiquement, à raison des dissentiments graves et persistants qui rendent impossible le fonctionnement normal de la vie sociale.

Une solution identique devrait-elle intervenir si les statuts de la société anonyme ou de la société en commandite par actions, prévoyaient expressément l'hypothèse d'une transformation de la société en société à responsabilité limitée, en accordant à l'assemblée générale le droit formel de voter une transformation entraînant d'aussi rigoureuses conséquences?

Ici, l'argument tiré du consentement originellement donné ne peut plus jouer.

Le souscripteur a acquiescé par avance à une résolution qui supprime la libre négociabilité de ses titres.

Le seul argument d'ordre général qui puisse entrer en ligne de compte est celui des droits essentiels que tout souscripteur acquiert, — qui sont par conséquent de l'essence même d'une société anonyme, — de telle sorte que toute clause contraire insérée dans les statuts devrait être réputée non écrite.

Cet argument ne peut, semble-t-il prévaloir contre celui tiré du consentement donné par l'unanimité des actionnaires à une clause qui n'est

1. Comp. en ce sens, Plc et Baratin, n° 415. — Comp. en sens opposé, Lépargneur, p. 106; Bernard Auger, *Rev. Soc.* 1925.166; Drouets, 207; Bosvieux, note au *J. Soc.* 1925.84.

pas fondée sur une clause illicite, puisque, aux termes de l'article 1133, la cause n'est illicite que lorsqu'elle est prohibée par la loi, lorsqu'elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

C'est donc seulement si la clause statutaire qui est invoquée en faveur des pouvoirs de l'Assemblée présente quelque ambiguïté, que la thèse restrictive pourra triompher, en s'appuyant sur l'article 1159 du code civil, d'après lequel toute clause ambiguë s'interprète par ce qui est d'usage.

Or l'usage, en matière de société par actions, c'est la libre négociabilité des titres.

*B. — Transformation d'une société à responsabilité limitée en une société d'une autre forme.*

L'article 41 de la loi du 7 mars 1925 ne prévoit que la possibilité d'une transformation en société anonyme d'une société à responsabilité limitée.

Il ne faut pas attacher à ce deuxième alinéa de l'article 41 une importance restrictive, car la transformation n'est pour une société qu'une modification statutaire. Le changement de forme n'implique pas création d'une société nouvelle.

Or l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 précise que la majorité des associés peut, sous la condition de représenter les trois quarts au moins du capital social, apporter toutes modifications aux statuts, sans toutefois pouvoir changer la nationalité de la société ou prendre une résolution obligeant l'un des associés à augmenter sa part sociale.

Donc, les membres d'une société à responsabilité limitée peuvent légitimement voter cette modification statutaire qui consiste à changer la forme juridique de l'être moral auquel ils ont apporté leurs capitaux.

La transformation entraîne forcément des modifications annexes.

L'Assemblée, en plus du vote de principe, devra constater la démission du gérant, nommer des administrateurs et des commissaires, prendre toutes résolutions utiles à l'effet de cette transformation.

C'est selon les règles propres aux Assemblées générales des sociétés à responsabilité limitée que les associés devront voter et sur la transformation et sur les modifications des statuts qui en sont la conséquence<sup>1</sup>. Il n'y a là qu'une conséquence nécessaire de la pérennité de l'être moral.

La transformation ne serait pas complètement opérée sans le vote

<sup>1</sup> Sur ces règles, v. *suprà*, n<sup>os</sup> 80 et suiv.



de ces résolutions annexes; les associés ne sont donc encore que les membres d'une société à responsabilité limitée. ils ne sont pas encore actionnaires lorsqu'ils ont à les prendre.

L'article 31 fait une réserve qui est du reste strictement conforme aux principes généraux du droit en matière de sociétés. Aucune des modifications statutaires que peut voter l'Assemblée des associés ne peut faire en sorte que l'un quelconque des associés devra augmenter sa part sociale, c'est-à-dire sera contraint d'effectuer un versement complémentaire pour conserver les droits sociaux par lui acquis sitôt qu'il a libéré sa souscription.

La transformation d'une société à responsabilité limitée ne peut donc jamais aboutir, même indirectement, à un résultat de cette nature.

Nous nous sommes déjà expliqués quant aux droits des tiers, *suprà*, n° 86.

Aux termes de l'article premier de la loi de 1867, aucune société anonyme ne peut se constituer régulièrement si certaines conditions de fond et de forme ne se trouvent réunies. Laissons de côté les conditions de fond qui sont les mêmes.

Mais les conditions de forme ne sont pas les mêmes. La société anonyme n'est régulière que si interviennent certaines formalités notariées. La société à responsabilité limitée peut résulter d'un acte initial sous seings privés (article 4 de la loi du 7 mars 1925).

Lorsqu'une société à responsabilité limitée se transforme en société anonyme, les représentants de l'être moral qui change de forme doivent-ils accomplir les formalités notariées impérativement exigées pour les sociétés anonymes?

La doctrine contenue dans un arrêt de la Cour de Paris tend à faire prononcer l'affirmative <sup>1</sup>.

Nous pensons au contraire que c'est par la négative qu'il faut résoudre ce problème.

La transformation est un droit pour les associés originellement groupés en une société à responsabilité limitée. C'est un droit formel que reconnaît l'article 41, alinéa 2, en termes suffisamment explicites pour être convaincants : « Les sociétés à responsabilité limitée *constituées conformément à la présente loi*, pourront se transformer en société anonyme ».

La transformation n'opère pas création d'une société nouvelle.

1. Paris, 16 novembre 1929, *Rev. Soc.* 1930.405.

Par conséquent, on doit considérer comme suffisant le fait que les associés se soient, sans fraude, valablement groupés sous la première formule par eux tout d'abord choisie.

**89. Prorogation.** — La prorogation d'une société est un acte par lequel les associés décident de prolonger l'existence de la société au delà du terme qui avait été primitivement, et statutairement fixé.

La prorogation n'est qu'une simple modification statutaire. Au lieu de modifier l'article des statuts qui se réfère aux bénéfices ou aux pouvoirs de la gérance, les associés modifient l'article des statuts relatif à la durée de l'exploitation sociale. Tel est assurément leur droit. Et ce droit repose tout entier dans l'article 31 de la loi du 7 mars 1925.

Certains esprits pointilleux se sont seulement demandé en quelle forme devait se réaliser la prorogation d'une société anonyme, cette discussion pouvant d'ailleurs exactement se renouveler en matière de sociétés à responsabilité limitée.

On a voulu tirer argument de l'article 1866 du Code civil, d'après lequel *la prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société*<sup>1</sup>.

Cette opinion paraît d'un rigorisme excessif.

Sans doute, l'article 18 du Code de commerce reporte bien au Code civil, par une disposition d'ordre général, pour tout ce qui règle la matière des sociétés commerciales, mais cette disposition est bien trop absolue pour faire échec aux lois particulières comme la loi du 24 juillet 1867, la loi du 1<sup>er</sup> mai 1930 ou la loi du 7 mars 1925.

L'article 31 de cette dernière loi est le seul texte auquel il convienne de se reporter pour juger de la validité d'une modification statutaire ou de ses modalités d'exécution.

La prorogation d'une société n'est pas autre chose qu'une modification statutaire.

Par conséquent, cette modification statutaire sera régulière et définitive par le seul fait qu'une assemblée générale, réunissant toutes les conditions exigées par l'article 31 de la loi de 1925, l'aura votée, et encore que la publicité légale ordonnée par l'article 17 de la même loi sera intervenue, prévenant les tiers d'une manière que la loi estime suffisante.

On doit donc admettre que, au moment où les associés décident de proroger la société à responsabilité limitée, des destinées de laquelle ils

1. Comp. Houpin et Bosvieux, t. I, n° 104.

sont les maîtres, le capital social n'a pas besoin d'être intégralement existant, et qu'aucune déclaration quant à l'existence de ce capital ne peut être impérativement exigée, à ce moment précis, des gérants en exercice, lesquels feraient alors fonction de fondateurs.

La prorogation d'une société ne crée pas par ailleurs une société nouvelle<sup>1</sup>. Seule, l'Administration fiscale a contesté cette théorie, percevant un droit de constitution à l'occasion de toute prorogation de société.

Par contre, aucune prorogation tacite ne peut être admise : la société serait, en effet, en ce cas, une société clandestine<sup>2</sup>.

1. Comp. Thaller et Pic, n° 562; Baudry-Lacantinerie et Wahl, 375; Arthuys, 747.

2. Comp. Req. 17 décembre 1889, D. P. 91.I.150; Poitiers, 20 janvier 1909, D. P. 1909.2.157.

## CHAPITRE VI

### DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

**90. Du conseil de surveillance.** — Les sociétés susceptibles d'être classées parmi les sociétés de capitaux se voient toujours dotées par la loi d'un organe de contrôle, appelé à contrôler de plus ou moins près les actes effectués par les personnalités physiques qui servent d'organes d'action à l'Etre moral formé par la collectivité des associés. La société anonyme a ses commissaires des comptes ; les sociétés en commandite par actions ont leur Conseil de surveillance. La loi de 1925, agissant en pleine logique avec ses directives générales, a créé un organisme de même nature en imposant en principe aux sociétés à responsabilité un Conseil de surveillance dont les pouvoirs seront, dit le texte même de la loi, déterminés par l'article 10, alinéas 1 et 2 de la loi de 1867, ce qui revient à dire que les pouvoirs de ce Conseil de surveillance seront calqués sur ceux du Conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions.

Poussé par son désir flagrant de rendre aussi simple, et on peut presque dire : aussi fruste que possible le fonctionnement de celles des sociétés à responsabilité limitée que l'on peut appeler les sociétés minimales, c'est-à-dire celles qui ont moins de vingt membres, le législateur exonère les sociétés rentrant dans cette catégorie de l'obligation d'avoir un Conseil de surveillance.

Mais il va de soi qu'il n'y a là qu'une exonération facultative, et qu'il est parfaitement possible de déclarer statutairement obligatoire l'existence et le fonctionnement d'un Conseil de surveillance, quel que soit le nombre des associés de la société régie par ces statuts.

De même, si une société a originairement comporté plus de vingt membres et a, de ce fait, fait figurer dans ses statuts l'obligation d'installer un Conseil de surveillance, et si, par la suite, le nombre des associés tombe au-dessous de vingt, le Conseil de surveillance n'en continuera pas moins d'exister et de conserver toute sa validité et tous ses pouvoirs. Ce n'est que par le moyen d'une assemblée générale ultérieure



que les associés, après la constatation expresse du nombre nouveau des associés, pourront décider que, dorénavant, il n'y aura plus de Conseil de surveillance.

Cette Assemblée, étant une assemblée appelée à apporter aux statuts une modification quant à leur forme primitive, sera une assemblée de l'article 31 (sur les conditions de validité de ces assemblées, voir *suprà*, n° 82 b).

A l'inverse, si une société, originellement constituée avec moins de vingt membres, a cru bon de ne pas mentionner dans ses statuts l'obligation pour les associés de procéder à la nomination d'un Conseil de surveillance, et si, par la suite, cette même société vient à comporter plus de vingt membres, les associés doivent, de toute urgence et de toute nécessité, procéder à une modification des statuts, à la nomination des membres du Conseil de surveillance et au vote de toute mesure destinée à assurer le bon fonctionnement de cet organisme, devenu indispensable. Nous avons examiné déjà cette hypothèse, *suprà*, n° 81.

La loi de 1925 n'a réglé le sort et le fonctionnement des Conseils de surveillance que dans un unique article, l'article 32, lequel est ainsi libellé : *Dans toute société à responsabilité limitée comprenant plus de vingt associés, est établi un Conseil de surveillance composé de trois associés au moins. — Ce conseil est nommé dans l'acte de société. Il est soumis à la réélection aux époques déterminées par les statuts. — Les pouvoirs du Conseil de surveillance sont déterminés par l'article 10, alinéas 1 et 2, de la loi du 24 juillet 1867. — Les membres de ce Conseil n'encourent aucune responsabilité à raison des actes des gérants et de leurs résultats. — Chaque membre du Conseil de surveillance est responsable, soit envers la société, soit envers les tiers, de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat.*

Un point paraît tout d'abord devoir être mis en lumière : l'existence et le fonctionnement d'un Conseil de surveillance est une des conditions de validité mises par la loi quant à la constitution même d'une société à responsabilité limitée. Il en est au moins ainsi lorsque la société comporte plus de vingt associés. S'il n'y en avait exactement que vingt, la société n'est pas rigoureusement tenue d'avoir un Conseil de surveillance. Mais si les associés sont au nombre minimum de vingt et un, l'existence d'un Conseil de surveillance est indispensable. La société qui n'en posséderait pas, alors qu'elle rentre dans cette catégorie, serait entachée de nullité.

La question ne présentera guère d'acuité, dans la pratique, que dans

le cas où la société, originairement constituée avec un nombre d'associés restreint, arrive progressivement à atteindre le chiffre de vingt et un associés. La nullité serait alors encourue. Une société à responsabilité limitée ayant plus de vingt associés ne peut pas vivre sans Conseil de surveillance.

Mais la nullité est toute relative. Elle est fondée en effet sur un vice portant sur une des conditions de validité, et non sur une des conditions d'existence. Elle n'existera qu'autant que les juges l'auront prononcée. Les juges ne peuvent plus la prononcer lorsqu'une situation régulière a tardivement succédé à une situation de fait irrégulière (comp. *suprà*, n° 34).

La loi dit que le nom de chacun des membres du Conseil de surveillance doit être mentionné dans l'acte de société, cet acte fixant la nomination même de ces associés nantis d'un pouvoir spécial. Comme un exemplaire de l'acte de société doit être déposé dans chacun des greffes, pour obéir aux prescriptions de publicité légale, le nom des membres du Conseil de surveillance fera ainsi l'objet d'une certaine publicité. Par contre, l'article 14 ne mentionne pas le nom des membres du Conseil de surveillance parmi les éléments de l'extrait devant être publié dans un journal d'annonces légales.

On peut alors se demander si la nomination de nouveaux membres du Conseil de surveillance doit faire l'objet d'une certaine publicité légale. Nous avons déjà examiné une hypothèse analogue, *suprà*, n° 56.

Pour les mêmes raisons que celles par nous alors exposées nous estimons que toute nomination nouvelle, comme tout changement dans la composition du Conseil de surveillance, devra faire l'objet d'une publication restreinte, en ce sens que les documents justifiant de ces nominations et changements devront être enregistrés et déposés dans chacun des greffes de la Justice de paix et du Tribunal de commerce, sans que la société soit tenue d'en continuer la publication par le moyen d'une insertion faite dans un journal d'annonces légales.

**91. Conditions de nomination et de révocation.** — Aux termes de l'article 32, les membres du Conseil de surveillance doivent être désignés dans l'acte même de société. Il y a là une prescription législative qui permet d'interpréter l'article 24, § 2 quant aux modalités de nomination des gérants, et qui permet de décider que l'acte contenant nomination des gérants doit faire partie intégrante de l'acte constitutif (voir *suprà*, n° 62).

Si l'acte même des statuts ne contenait pas la désignation individuelle des membres du Conseil de surveillance, aucune nullité intrinsèque ne devrait, à notre avis, en résulter, si, bien entendu, cette désignation avait effectivement lieu à une date exactement concomitante à celle de la constitution, se trouvant réalisée dans un acte annexe, analogue à une assemblée constitutive.

Il faut en décider ainsi, par analogie avec ce qu'on est amené à reconnaître pour la désignation des gérants, dont la personnalité est autrement importante que ne l'est celle des membres du Conseil de surveillance pour la vie de la société (article 24, § 2).

Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'existence même de la société demeure subordonnée à la nomination d'un ou de plusieurs gérants d'une part (*suprà*, n° 62), et de trois membres au moins du Conseil de surveillance, si la société comporte plus de vingt membres.

Tant que ces désignations n'auront pas été faites, la société n'existe qu'à l'état conditionnel et tous les actes intervenus ne sont encore que des projets.

On peut même ajouter que les fonctions conférées doivent être expressément acceptées.

De telle sorte que le délai d'un mois fixé par les articles 12 et 13 de la loi de 1925 pour l'accomplissement des formalités de publicité légale ne commencera à courir que du jour où toutes les désignations nécessaires auront été faites quant au gérant d'une part, quant aux membres du Conseil de surveillance d'autre part — et, encore, du jour où toutes ces fonctions auront été acceptées.

L'article 23 ajoute, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, que les membres du Conseil de surveillance doivent être choisis parmi les associés.

Il y a là une prescription toute logique et toute naturelle, mais elle met plus en relief la disposition de l'article 24, § 1, permettant aux sociétés à responsabilité limitée d'être gérées par des mandataires étrangers à la société.

La désignation, comme commissaires de surveillance, d'une ou de plusieurs personnes non associés, entraînerait la nullité de la délibération ainsi prise, au moins si le nombre des commissaires valablement nommés demeurerait inférieur à trois, défalcation faite de ceux dont la nomination est irrégulière.

Cette nullité dans la désignation des commissaires entraînerait celle de la société elle-même, puisque l'on doit admettre la complète irrégularité d'une société à responsabilité limitée qui est sans Conseil

de surveillance, au moins si cette société comporte plus de vingt associés.

Cette nullité disparaîtra du jour où chacun des membres irrégulièrement nommés aura acquis au moins une part sociale, et aura été agréé comme associé.

Nous avons examiné *suprà*, n° 34, les effets que l'on devait reconnaître à un fait provoquant la disparition d'une cause de nullité pour une société à responsabilité limitée, société régie par les dispositions du droit commun, et non par celles, exceptionnellement favorables, de la loi du 1<sup>er</sup> août 1893.

Tout membre du Conseil de surveillance qui viendrait à vendre la totalité des parts sociales qu'il possédait, perd, du même coup, toute qualité pour conserver les fonctions qui lui avaient été dévolues; il doit donc être considéré comme démissionnaire d'office. La société doit pourvoir à son remplacement. Et le gérant commettrait une faute en ne convoquant pas l'Assemblée générale à cet effet (Voir *suprà*, n° 72).

Toute irrégularité dans la composition du Conseil de surveillance peut aboutir finalement à la nullité de la société, et, par voie de conséquence, à sa mise en liquidation anticipée. Mais si cette irrégularité n'est pas une irrégularité remontant à la constitution même de la société, si elle a pour cause un fait postérieur, survenu au cours de la vie sociale, par un décès, une démission, ou une vente de parts sociales, on devrait logiquement admettre que la nullité de la société, ou plus exactement sa mise en liquidation anticipée, ne devrait pouvoir être demandée que s'il est justifié de mises en demeure, restées infructueuses, tendant à la convocation d'une Assemblée générale chargée de réparer le vice dont la société se trouve occasionnellement affectée <sup>1</sup>.

Du reste, un Conseil de surveillance a le devoir de veiller à sa propre régularité, et il a également le devoir de veiller à la constance de cette régularité. Il ne peut, par exemple, démissionner, sans avoir pourvu au remplacement des membres démissionnaires. Au cas où l'un seulement des commissaires cesse de pouvoir exercer utilement ses fonctions, les

1. Il a été jugé, à l'occasion d'une société en commandite par actions, que la nullité d'une société ne peut résulter que de l'absence d'une des conditions initiales et constitutives de la société : les faits postérieurs à sa constitution sont seulement susceptibles de motiver une demande en dissolution (Civ. rejet, 14 juillet 1873, D. P. 76. 1.160). Il en est spécialement ainsi quand un des membres du Conseil de surveillance a démissionné, sans qu'il ait été pourvu à son remplacement, et il en est encore ainsi lorsque le Conseil de surveillance est resté en fonctions au delà du terme contractuellement fixé (même arrêt).



membres restant en exercice doivent procéder à toutes opérations de nature à pourvoir à son remplacement <sup>1</sup>.

Il n'y a là qu'une simple application des règles posées en l'article 1991 du Code civil.

La nomination des membres du Conseil de surveillance appartient en principe aux associés eux-mêmes. Ce sont les associés eux-mêmes qui nomment les premiers membres de ce Conseil par l'acceptation qu'ils donnent individuellement de l'acte statutaire où doit être faite désignation des membres du Conseil.

Il en découle que la nomination des premiers membres du Conseil doit recueillir l'unanimité des associés, puisque l'acte de Société n'est valable que s'il lui est bien donné l'adhésion unanime des associés qui s'obligent à la formation du capital.

Une semblable unanimité n'a pas à être obtenue au cours de la vie sociale, lorsqu'il s'agit de remplacer un ou plusieurs des membres du Conseil de surveillance, qui, pour une cause quelconque, cessent de pouvoir exercer leurs fonctions.

L'unanimité des associés forme un faisceau de volontés individuelles; la nomination d'un organisme de contrôle comme est le Conseil de surveillance ne peut résulter d'autre chose que d'une volonté collective.

Les associés ne manifestent leur volonté collective que par l'organe d'Assemblées générales.

C'est donc par le moyen d'une Assemblée générale que les membres du Conseil de surveillance auront à être réélus, ou remplacés.

A suivre les principes généraux du droit, la nomination des membres composant cet organisme de contrôle ne devrait être l'œuvre que d'une de ces Assemblées que l'usage est de qualifier d'ordinaires, et auxquelles l'article 27 impose le *quorum* de moitié du capital social. Nommer un ou plusieurs des membres d'un Conseil de surveillance, ce n'est jamais que faire un acte d'administration.

Mais, comme l'article 32 spécifie que le premier Conseil de surveillance est nommé dans l'acte même de société, on est amené à penser que tout changement dans la composition de ce Conseil de surveillance doit être assimilé à une modification statutaire.

De telle sorte que l'Assemblée générale appelée à nommer ou à révoquer les membres du Conseil de surveillance devra, pour être compé-

1. Comp. en ce sens, Civ. cass. 22 janvier 1872, D. P. 72.1.117.

Sur la régularité des actes d'un Conseil temporairement réduit quant au nombre normal de ses membres, comp. Civ. rejet, 20 juillet 1897, D. P. 98.1.241.

tente, réunir les conditions de validité spécifiées par l'article 31 (voir *suprà*, n° 82, *b.*).

Les Conseils d'administration des sociétés anonymes, et les Conseils de surveillance des sociétés en commandite par actions, se voient très généralement attribuer par les statuts un droit de cooptation. En ce sens que la société n'est pas tenue de convoquer une Assemblée générale chaque fois que l'un de ces conseils doit se compléter. Ce sont les membres mêmes du Conseil qui procèdent provisoirement à la nomination du, ou des nouveaux membres dont il leur paraît utile de faire choix, cette désignation ne demeurant valable que jusqu'à la plus prochaine Assemblée générale. Celle-ci, réunie pour des causes sociales ordinaires, se prononce en même temps sur la désignation faite à titre provisoire (et non à titre conditionnel). Elle ratifie la nomination. Et, dans ce cas, tout est indiscutable. Ou bien, elle ne la ratifie pas, et elle nomme un nouveau membre en remplacement de celui qui avait été provisoirement désigné.

Mais les actes auxquels avait participé ce commissaire provisoire demeurent valables, sa nomination ayant été définitive, dès le premier jour, mais n'ayant seulement été faite que pour une durée limitée.

Rien n'empêche les sociétés à responsabilité limitée à suivre une semblable pratique, dont les avantages sont évidents.

Seulement, ce droit de cooptation doit être formellement inséré dans les statuts, la nomination des membres du Conseil de surveillance ayant un caractère personnel, et les associés ne pouvant être réputés, en l'absence d'une clause formelle, avoir renoncé au droit absolu qui leur appartient de désigner, fut-ce à titre provisoire et pour un temps limité, les membres du Conseil.

Il n'y a, au surplus, dans ces indications, qu'une application partielle des principes posés en l'article 1994, § 1 du Code civil.

Diverses lois ont édicté un certain nombre d'incompatibilités en ce qui concerne l'exercice des fonctions d'administrateur dans une société anonyme, ou de gérant dans une société en commandite par actions. Nous en avons étudié, *suprà*, n° 64, l'applicabilité aux gérants des sociétés à responsabilité illimitée.

Nous ne passerons que très rapidement en revue ces textes spéciaux qui, dans leur ensemble, ne s'appliquent pas aux membres des Conseils de surveillance. La loi du 19 juin 1930 ne s'applique qu'à ceux qui seraient appelés à *gérer* ou à *administrer*, à un titre quelconque, une

société ou une agence ayant pour objet des opérations de banque, de bourse ou de placement, et qui auraient été condamnés pour vols, abus de confiance, ou escroquerie ou qui seraient faillis non réhabilités. Cette loi est un texte pénal. Elle ne peut être interprétée que restrictivement. Les membres d'un Conseil de surveillance ne sont pas appelés à gérer ou à administrer.

Par contre, la loi du 31 décembre 1928, édictant certaines incompatibilités parlementaires vise expressément les fonctions de membre du Conseil de surveillance d'une société quelconque jouissant d'une garantie d'intérêt de l'Etat ou d'avantages assurés par l'Etat.

De même, le décret du 31 août 1920 assimile aux administrateurs les membres du Conseil de surveillance d'une société en commandite par actions lorsqu'il s'agit d'instruire une demande en concession minière.

Les fonctions de notaire sont exclusives de toute immixtion dans la gérance d'une société, mais nous venons d'indiquer que ce n'est pas gérer une société que de la contrôler. On cite à ce sujet une décision de la chancellerie d'après laquelle les fonctions d'administrateur d'une succursale de la Banque de France, n'entraînant que l'obligation de donner de simples avis sur l'escompte des valeurs, et n'entraînant par suite aucune responsabilité, ne tombent pas sous la prohibition ordonnée par l'ordonnance du 4 janvier 1843 <sup>1</sup>.

Mais les responsabilités, d'ordre commercial, que peuvent faire naître les fonctions de membre d'un Conseil de surveillance doivent faire refuser à un notaire la capacité de les exercer.

Les fonctions d'avocat à la Cour sont considérées comme incompatibles avec l'exercice des fonctions d'administrateur dans une société anonyme ou de membre du Conseil de surveillance dans une société en commandite par actions <sup>2</sup>.

Une même solution doit intervenir lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, bien que cette dernière formule de société soit d'un caractère plus familial que ne le sont les deux autres. Les raisons d'en décider ainsi demeurent en effet les mêmes, l'avocat à la Cour ne devant pas exercer des fonctions de comptable, ou des fonctions assimilées à celles d'un comptable, — ne devant pas se voir obligé de rendre compte dans une société de commerce, — ne devant pas courir le risque d'être assigné en responsabilité devant un tribunal de commerce.

Un raisonnement identique est appelé à jouer un rôle à l'encontre de

1. D. P. 91.1.82, note 1.

2. Cresson, t. I, p. 90.

tous ceux qui exercent certaines fonctions administratives, tels que les magistrats, les agents de tous ordres de l'administration des finances, les agents du ministère des Affaires étrangères <sup>1</sup>.

Nous avons signalé, *suprà*, n° 64, l'article 175 du Code pénal, qui, renforcé et précisé par l'article 10 de la loi du 6 octobre 1919, interdit à tout agent d'une administration publique, chargé, à raison même de sa fonction, de la surveillance et du contrôle direct d'une entreprise privée, de prendre ou de recevoir, dans les cinq ans qui suivent la cessation de ses fonctions, une participation par travail, conseils ou capitaux dans les concessions, entreprises ou régies qui étaient directement soumises à son contrôle ou à sa surveillance.

Ce texte s'applique certainement aux fonctions de membre d'un Conseil de surveillance.

Nous signalerons enfin que ces diverses interdictions ne créent que des incompatibilités individuelles, n'entraînant, à l'encontre des sociétés elles-mêmes, aucun vice social non plus qu'aucune nullité.

D'une manière générale, aucune condition particulière de compétence ou d'aptitude n'est exigée pour l'obtention des fonctions de membre d'un conseil de surveillance. En toutes sociétés autres qu'une société réglementée comme jouissant de quelque avantage concédé par l'Etat, aucune question de nationalité n'a même à intervenir. La totalité des membres du conseil de surveillance d'une société peut être de nationalité étrangère sans qu'aucune atteinte soit, pour cela, apportée à la nationalité de la société, celle-ci étant intrinsèquement déterminée par le lieu du siège social et par la législation qu'elle a originairement déclaré adopter <sup>2</sup>.

Mais les membres d'un conseil de surveillance doivent être au moins trois. Il y a là une disposition qui reproduit exactement celle de l'art. 5, § 1 de la loi du 24 juillet 1867.

D'après ce dernier texte, alinéa 4, les membres du conseil de surveillance ne peuvent être originairement nommés que pour un an. Par la

1. Comp. cependant la réponse écrite du ministre des Affaires Étrangères du 9 février 1929, *J. Soc.* 29.313, d'après laquelle l'interdiction purement administrative dont sont frappés les agents de ce ministère ne devrait s'appliquer qu'aux fonctions d'administrateur.

2. Comp. notamment Nancy, 28 novembre 1924, *Rev. Soc.* 1925.135; Req. 24 décembre 1928, *Rev. Soc.* 29.60; Paris, 13 mai 1929, *J. Soc.* 30.416.

Comp. spécialement Percerou, note au D. P. 1910.2.41; Demogue, note au Sirey, 1908.2.128.

Comp. toutefois l'arrêt rendu par la cour de Rennes le 16 juin 1930, dans certaines circonstances de fait nettement précisées, aff. C<sup>1</sup>e Singer, *Sem. Jurid.* 1931.54.



suite, ils sont soumis à la réélection aux époques et dans les conditions que fixent les statuts. La loi de 1925 ne reproduit pas la limitation à une année de la durée des fonctions du premier conseil en exercice. Par suite, cette durée sera celle que fixeront les statuts.

La loi ne précisant rien à cet égard et toute nullité étant de droit étroit, on doit admettre comme régulière la stipulation statutaire d'après laquelle les membres du conseil de surveillance seraient nommés sans limitation de durée, un changement dans la composition du conseil ne devant survenir que par l'effet d'un décès, d'une démission ou d'une révocation <sup>1</sup>.

Les membres du conseil de surveillance d'une société à responsabilité limitée ne peuvent manquer d'être révocables par application du principe général posé en l'article 2004 du Code civil : *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble* <sup>2</sup>...

C'est l'assemblée générale de l'article 31 qui aura seule compétence pour ordonner la révocation d'un ou de plusieurs membres du conseil de surveillance, par application des principes que nous avons énoncés ci-dessus.

Par une réciprocité qui ne peut faire de doute, tout membre d'un conseil de surveillance peut donner sa démission, tout en ne pouvant le faire à contre-temps et sans avoir veillé à ce qu'un successeur lui soit nommé <sup>3</sup>.

**92. — Attributions et pouvoirs.** — L'alinéa 2 de l'article 32 se contente de dire que les pouvoirs du conseil de surveillance sont déterminés par l'article 10, alinéas 1 et 2 de la loi du 24 juill. 1867.

Ce texte est ainsi libellé : *Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. Ils font, chaque année, à l'Assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposés par le gérant.*

Le mandat conféré aux membres du conseil de surveillance comprend donc deux éléments primordiaux, le premier se rapportant à un droit

1. Comp. cependant Houpin et Bosvieux, n° 1520.

2. Comp. en ce sens Lacour et Bouteron, 657; Arthuys, 603.

Comp. pour analogie, en sens opposé, Mathieu et Bourguignat, 64; Pont, II.1051; Dalloz, Rép. prat. *Société*, n° 2827.

3. Comp. civ. cass. 22 janvier 1872, D. P. 72.1.117.

constant de vérification et de contrôle; le second se rapportant à une reddition de compte venant corroborer, ou combattre, celle que fait le gérant à l'assemblée générale des associés.

Il ne faut pas perdre de vue que l'article 30 de la loi de 1925 accorde en principe à tout associé un certain droit de vérification sur le bilan et l'inventaire, droit qui ne peut être exercé que pendant la quinzaine qui précède l'assemblée générale, lorsque la société comporte plus de vingt membres.

Mais ce droit de contrôle individuel est infime par rapport à celui que la loi accorde aux membres du conseil de surveillance.

Ces derniers ont le droit permanent de voir tout ce qui se passe dans la société, ayant le droit permanent d'en vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs <sup>1</sup>.

Ce droit de contrôle correspond du reste à un devoir de vérification. Certaines décisions judiciaires l'ont reconnu à l'encontre des membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions, décidant par exemple que la vérification du portefeuille doit porter sur la quantité et sur la qualité des effets qu'il contient; cette vérification doit consister dans l'examen détaillé de toutes les valeurs et non pas seulement dans l'examen superficiel des balances de comptes portées sur le grand livre; l'examen doit porter sur la nature et le caractère des effets en portefeuille, sur les comptes courants ouverts par la gérance, sur le découvert qui en résulte pour l'actif social, sur la situation des débiteurs, sur les garanties qu'ils paraissent fournir. Toute négligence des membres du conseil de surveillance dans l'accomplissement de leur contrôle peut, suivant les circonstances, constituer à leur encontre une faute lourde engageant leur responsabilité <sup>2</sup>.

Ce n'est seulement que dans des sociétés en commandite par actions particulièrement développées et importantes que la responsabilité des membres du conseil de surveillance a été exceptionnellement écartée à l'occasion d'un défaut de contrôle individuel que rendaient impossible les circonstances de fait et une extrême complexité des affaires sociales <sup>3</sup>.

1. Comp. pour analogie, Lyon, 11 juillet 1873, D. P. 74.2.209; Orléans, 21 juillet 1875, S. 76.2.101.

2. Comp. Lyon, 11 juillet 1873, précité; Req. 8 mars 1876, D. P. 77.1.148; Angers, 5 juillet 1876, D. P. 77.2.30; Orléans, 30 juillet 1881, D. P. 82.2.121; Civ. rej. 19 mars 1894, D. P. 94.1.465; Douai, 9 juin 1896, D. P. 98.2.206; Limoges, 14 déc. 1900, D. P. 1902.2.377; Rouen, 1<sup>er</sup> déc. 1926, D. H. 1927.145; Req. 7 janvier 1930, D. H. 1930.82.

3. Comp. Req. 28 mai 1882, D. P. 90.1.414; Bordeaux, 24 mai 1886, D. P. 87.2.115; Lyon, 28 janvier 1890, D. P. 92.2.33.

Nous verrons, au paragraphe suivant, que le législateur a établi, à l'encontre des membres d'un conseil de surveillance, une responsabilité strictement individuelle. Il y a là une certaine anomalie. Quoi qu'il en soit, cette disposition ne peut manquer d'avoir cette conséquence de faire attribuer à chaque membre du conseil un droit individuel de contrôle et d'investigation.

Ce droit individuel d'investigation doit pouvoir s'exercer librement, alors même que la totalité des autres membres composant le conseil serait d'accord pour refuser au dissident tout pouvoir et toutes recherches. Le seul droit qu'aurait en pareille occasion la majorité serait de provoquer la réunion d'une assemblée générale à laquelle le litige serait soumis dans une discussion qui aurait pour aboutissement naturel la révocation du dissident.

De même, il faut reconnaître à un membre isolé du conseil le droit d'établir un rapport distinct, contenant des critiques que ses collègues se seront refusés d'accepter, ou dégageant la responsabilité individuelle de son signataire. Ce rapport distinct devra être soumis à l'assemblée générale dans les mêmes formes et dans les mêmes conditions que le rapport de la majorité.

Lorsqu'un membre du conseil de surveillance veut procéder au contrôle de la comptabilité, il est en droit de se faire assister par un technicien <sup>1</sup>. Sans doute, la désignation faite par l'assemblée qui nomme les membres du conseil est réputée faite à titre personnel, mais il faut admettre que le choix de l'assemblée aura été surtout déterminé par des considérations d'honorabilité et de conscience, plus que par des considérations de compétence technique.

Le deuxième élément essentiel de la fonction dévolue aux membres du conseil de surveillance consiste dans un rapport qui doit être fait lors de l'assemblée générale annuelle et qui doit être soumis aux associés au moment même de cette assemblée. Ce rapport est un des documents nécessaires pour la validité de l'assemblée puisque tout associé doit pouvoir, dans la quinzaine qui précède l'assemblée, le trouver déposé au siège social et en prendre connaissance.

Ce rapport doit, d'une manière très générale, permettre aux associés de se prononcer en connaissance de cause sur les comptes présentés par le gérant, et, par voie de conséquence, sur les opérations dont ces comptes ne sont que le résultat concrétisé.

Ce rapport doit donc être suffisamment détaillé. En tout cas, il reflète

1. Comp. dans un sens identique, Req. 3 décembre 1872, D. P. 73.1.191.

une affirmation, celle que les membres du conseil de surveillance donnent personnellement au sujet des actes du gérant, actes qu'ils sont supposés avoir suivis de près, avoir surveillés et avoir contrôlés.

Si les membres du Conseil de surveillance ne doivent se laisser reprocher aucune négligence, ils ne doivent pas, à l'inverse, vouloir substituer leur autorité à celle du gérant. En cas de conflit d'opinion, les membres du Conseil de surveillance ne peuvent que formuler un avis et que donner des conseils. Leur droit est un droit de remontrance.

A côté de ces fonctions primordiales, qui se trouvent nettement précisées dans l'article 10, auquel renvoie l'article 32, se retrouvent d'autres fonctions, accessoires ou occasionnelles, incombant au Conseil de surveillance. Celui-ci doit veiller à ce que tous les associés soient à même de prendre connaissance du rapport par lui établi en vue de l'assemblée générale annuelle; il a le droit d'en envoyer un exemplaire à chacun des associés.

Les membres du conseil de surveillance ont encore le devoir de convoquer l'assemblée générale des associés, chaque fois que cette réunion leur paraît nécessaire, et ce, à défaut par le gérant de procéder à cette convocation (voir *suprà*, n° 81). Il y a là un droit formellement reconnu par l'article 29, § 2, mais que ce texte rend secondaire, le droit principal de convocation appartenant au gérant, alors que l'article 11 de la loi de 1867 accorde exclusivement au Conseil de surveillance le droit de convoquer les actionnaires d'une société en commandite par actions <sup>1</sup>.

Le droit de convoquer une assemblée générale emporte *ipso facto* un droit d'initiative quant à la fixation de son ordre du jour. Le Conseil de surveillance d'une société à responsabilité limitée doit donc se voir reconnaître le droit de convoquer toutes assemblées générales, quelle qu'en soit la nature, et ce, alors même que, à cet ordre du jour, figurerait une proposition de modification statutaire.

Cette proposition peut même porter sur une liquidation anticipée de la société, ou, croyons-nous, sur une révocation des gérants (voir *suprà*, n° 67).

### 93. Responsabilité des membres du conseil de surveillance.

— Le dernier alinéa de l'article 32 reproduit, avec une légère adjonction, l'article 9 de la loi de 1867, en disant que chaque membre du Conseil de surveillance est responsable, soit envers la société, soit envers les tiers, de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat.

1. Comp. Lyon-Caen et Renault, II, 1008. — Comp. toutefois Civ. rej. 19 mars 1894, D. P. 94.1.465.



On ne comprend pas bien cet individualisme. Le conseil de surveillance est une abstraction. Et c'est une abstraction complète. Ses membres doivent être au moins trois. Tous leurs actes seront des actes collectifs, tant qu'une protestation précise ne sera pas venue spécifier que tel des membres entend se dissocier d'une œuvre qui a toutes les apparences d'une œuvre commune<sup>1</sup>. On comprend mieux les termes de l'article 44 de la loi de 1867.

Ce qui est tout d'abord certain, c'est que les membres du Conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité à raison des actes du gérant. Ils n'ont de responsabilité que dans la mesure où ils auraient pu exercer un contrôle efficace et où ils n'ont pas exercé ce contrôle<sup>2</sup>.

Ce qui est non moins certain, c'est que les membres du Conseil de surveillance ne peuvent ni directement, ni indirectement, se faire exonérer par avance des conséquences des fautes qu'ils pourront commettre par exemple en faisant insérer dans les statuts une clause portant qu'ils n'encourront aucune responsabilité à raison de leurs fonctions<sup>3</sup>.

Les membres du Conseil de surveillance sont, d'après l'article 32, responsables soit envers la société, soit envers les tiers.

Leur responsabilité envers la société est une responsabilité de mandataire. Lorsque la responsabilité est engagée envers les tiers, aucune idée de mandat ne peut intervenir. Seul, l'article 1382 peut être mis en jeu.

La responsabilité envers la société peut se diviser en une responsabilité sociale, la personne lésée étant la société elle-même, qui a souffert, dans son patrimoine, et plus généralement dans sa caisse, d'une faute imputable aux membres du Conseil de surveillance, de telle sorte que réparation lui est due; et en une responsabilité individuelle, la personne lésée étant un associé qui peut justifier d'un préjudice spécial à lui causé par un acte effectué par le Conseil ou par un seul de ses membres.

Le prototype de l'action sociale sera une action en répétition d'un dividende fictif. Sans doute, l'article 35, § 2 autorise la demande individuelle en restitution contre ceux des associés qui ont reçu ce dividende. Mais certains peuvent être insolvables. La caisse sociale ne doit pas être appelée à en souffrir. Le gérant et ceux des membres du Conseil

1. Comp. en ce sens Dalloz, Rép. prat. *Société*, 2829 et 2840.

Jugé qu'aucune solidarité n'existe entre les membres du conseil de surveillance, et dès lors il n'y a pas lieu de les condamner solidairement, si la faute de chacun peut être distinctement appréciée (Rouen, 1<sup>er</sup> décembre 1926, *D. H.* 1927.145).

2. Comp. en ce sens Limoges, 14 décembre 1900, *D. P.* 1901.2.377.

3. Comp. en ce sens pour une société en commandite constituée avant 1856, Orléans, 27 février 1904, *D. P.* 1905.2.337.

de surveillance qui auront laissé présenter les comptes erronés et distribuer le dividende irrégulier seront rendus responsables.

La responsabilité sociale des membres du Conseil de surveillance peut être engagée à l'égard d'un associé, plaidant *ul singulus*, chaque fois que cet associé pourra démontrer à la charge d'un ou de plusieurs des membres de ce Conseil une faute ayant entraîné pour lui un préjudice, ce préjudice pouvant porter soit sur une diminution dans l'exercice normal de ses droits sociaux, soit sur une diminution de ses droits individuels et patrimoniaux.

L'action judiciaire de l'associé peut alors avoir pour fondement soit l'article 1992 du Code civil, soit le simple article 1382<sup>1</sup>.

Mais lorsque la cause de l'action judiciaire fera de cette action une action sociale, l'associé isolé ne peut l'intenter que dans des conditions nettement délimitées; l'action sociale n'appartient qu'à la société. Pour agir, celle-ci doit être représentée par un mandataire régulier et non par un mandataire occasionnel et spontané<sup>2</sup>.

Enfin la responsabilité des membres du Conseil de surveillance peut être engagée envers les tiers, mais, en pareil cas, leur responsabilité ne sera jamais mise en jeu que par application des principes propres aux quasi-délits, aucun lien de droit n'existant entre les tiers et les membres du Conseil de surveillance, simples mandataires des associés<sup>3</sup>.

Nous avons étudié, *suprà*, n° 77, tous ces divers points à l'occasion des diverses responsabilités qui pèsent sur les gérants.

Ce sur quoi il convient surtout d'insister, c'est que la responsabilité des membres du Conseil de surveillance se trouvera presque toujours engagée, en pratique, plutôt par des faits négatifs que par des faits positifs; — car, c'est presque toujours pour n'avoir pas fait, ou pour n'avoir pas accompli avec suffisamment de précision, un des actes de

1. Comp. en ce sens Civ. rej. 19 mars 1894, D. P. 94.1.465, arrêt qui a reconnu la responsabilité des membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions pour n'avoir pas convoqué l'assemblée générale en temps utile, dès que le premier quart du capital s'était trouvé perdu, comme le prescrivaient les statuts, et aussi parce que des rapports annuels et inexacts avaient entretenu les actionnaires dans une dangereuse sécurité. Cet arrêt a reconnu à chaque actionnaire la possibilité d'éprouver de ce fait un préjudice distinct du préjudice subi par la masse.

2. Comp. en ce sens, Civ. cass. 30 mars 1909, D. P. 1913.1.174.

3. Comp. toutefois l'étrange doctrine énoncée dans un arrêt de la cour de Dijon, du 7 mai 1874 (D. P. 77.1.17) où les magistrats ont juxtaposé, à côté du mandat social applicable à tous les faits rentrant dans le domaine du *Geschäftsführung*, un prétendu mandat légal, applicable à tous les faits rentrant dans le domaine du *Verwaltung*.

contrôle et de vérification permanente que la loi met à leur charge, que ces mandataires spéciaux se trouveront mêlés à quelque instance judiciaire.

Aucune jurisprudence ne s'est encore produite à l'encontre des membres du Conseil de surveillance d'une société à responsabilité limitée, mais on retrouve une jurisprudence assez fournie rendue à l'occasion des commissaires de surveillance d'une société en commandite par actions, surtout à l'époque, déjà vieille d'une cinquantaine d'années, où cette formule de société n'avait pas été supplantée par la formule des sociétés anonymes.

Presque toutes les instances en responsabilité ont pour base des faits de négligence imputés aux membres du Conseil de surveillance, et le prototype des arrêts rendus en cette matière paraît être l'arrêt de rejet rendu par la chambre civile le 20 juillet 1898, sur un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Douai du 9 juin 1896 <sup>1</sup>, décidant qu'un arrêt qui proclame la responsabilité des membres d'un Conseil de surveillance marque suffisamment la relation directe de cause à effet entre la faute invoquée et le préjudice souffert, en constatant, après avoir relevé les fautes et les négligences qui leur sont imputables, que des obligataires n'ont été conduits à confier leurs fonds à une société que trompés par les affirmations d'une prospérité dont une surveillance ordinaire aurait suffisamment relevé l'inexistence.

Aucune solidarité n'existe entre les membres d'un même Conseil de surveillance. Chacun doit donc être assigné isolément. Et le rôle de chacun doit être examiné d'une manière séparée. Leur responsabilité est soumise aux règles du droit commun en matière de mandat. Leur situation est, à cet égard, identique à celle des commissaires des comptes dans une société anonyme <sup>2</sup>.

Nous avons indiqué un peu plus haut ce que cet individualisme pouvait avoir de choquant : aussi les tribunaux se sont-ils fréquemment trouvés en face de fautes collectives, qui ne permettaient pas de discerner la part personnelle incombant à chacun des membres du conseil de surveillance. En semblable occurrence, les tribunaux ont souvent admis une responsabilité *in solidum*, comme en matière de quasi-délits commis

1. D. P. 1898.1.421 et D. P. 1898.2.206.

On peut aussi très utilement étudier l'arrêt rendu par la cour de Rouen le 1<sup>er</sup> décembre 1926, D. H. 1927.145.

2. Comp. en ce sens Civ. rej. 21 décembre 1875, D. P. 77.1.17; Civ. rej. 12 février 1879, D. P. 79.1.281.

par plusieurs, sans qu'il soit possible de déterminer la part de responsabilité de chacun <sup>1</sup>.

Quant à la prescription opposable à ces instances en responsabilité, ce ne peut être que la prescription trentenaire, à moins que la faute alléguée ne constitue intrinsèquement un délit, auquel cas la prescription applicable aux sanctions pénales demeure applicable aux sanctions civiles ainsi qu'à toutes instances particulières en dommages-intérêts (article 638 du Code d'instruction criminelle) <sup>2</sup>.

Mais l'article 638 ne peut être invoqué que dans certains cas bien délimités, et il a été spécialement jugé que, alors même que les fautes relevées contre les membres du Conseil de surveillance ont concordé avec d'autres fautes commises par le gérant, et que ces dernières, présentant un caractère délictueux, sont susceptibles d'entraîner une condamnation pénale, l'action en dommages-intérêts contre les premiers ne se prescrit pas par le même laps de temps que l'action publique susceptible d'être mise en mouvement contre le second, du moment où, ne s'étant pas rendus sciemment complices du délit imputable au gérant, les fautes personnelles des membres du Conseil de surveillance ne constituent pas des infractions pénales, mais seulement des quasi-délits engageant leur responsabilité en vertu des seuls articles 1382, 1383 et 1992 du Code civil <sup>3</sup>.

1. Comp. en ce sens Req. 17 juillet 1876, D. P. 77.1.135; Civ. rej. 12 février 1879, précité; Req. 12 janvier 1881, D. P. 81.1.281; Req. 28 mai 1890, D. P. 90.1.414; Req. 15 juillet 1895, S. 95.1.394.

2. Comp. notamment Rennes, 27 novembre 1913, *Gaz. Palais*, 3 avril 1914; Trib. comm. Seine, 6 mai 1920, *J. Soc.* 1921.463; Trib. comm. Seine, 14 décembre 1921, *Gaz. tribunaux*, 5 avril 1922.

3. Orléans, 27 février 1904, D. P. 1905.2.337.



## CHAPITRE VII

### DE LA DISSOLUTION ET DE LA LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE.

**94. Causes légales ou contractuelles d'une dissolution.** — Une société de capitaux, dotée de la personnalité morale, est assimilable à une personne physique, laquelle naît, vit et meurt.

La période de sa naissance appartient au fondateur, en la personnalité de qui se résorbent tous les droits successivement acquis par ceux qui adhèrent au programme établi en souscrivant une part ou une action. Somme toute, en cette période de formation, il n'existe encore qu'une association en participation ayant pour objet la constitution définitive de la société projetée, et pour gérant, le fondateur.

La période de la vie sociale est, pour les sociétés à responsabilité limitée, celle où règne le gérant, mandataire général chargé de faire fructifier les capitaux sociaux dans les limites fixées par l'article des statuts relatifs à l'objet.

La période de liquidation appartient au liquidateur, mandataire général chargé de procéder à une opération exactement inverse à celle qu'il appartient au fondateur de mener à bien, le rôle du liquidateur pouvant se résumer en cette formule : réaliser l'actif; payer le passif; répartir le solde entre les ayants droit.

Les causes d'une dissolution de société peuvent être multiples, et remonter soit au pacte social, soit à une volonté contractuelle postérieurement affirmée, soit à une disposition judiciaire intervenant sur l'application d'un texte légal ou d'un texte contractuel.

a) La première des causes d'une dissolution, c'est assurément l'expiration du terme statutairement fixé pour la durée des opérations sociales.

Nous avons vu, *suprà*, n° 29, que l'extrait de l'acte de société à publier dans un journal d'annonces légales devait, aux termes de l'article 14, mentionner l'époque où la société commence et celle où elle doit finir. Ce qui revient à dire que l'acte de société doit contenir une disposition fixant spécialement le temps pendant lequel les associés

acceptaient de mettre en commun les fonds ou les valeurs que représentent leurs souscriptions.

Nous avons vu, *suprà*, n° 89, que les associés avaient alors le droit, par un simple acte de volonté collective, de prorogér la société et d'ordonner que les valeurs sociales continueraient encore, pendant une nouvelle période, à être affectées à l'exploitation de l'entreprise commencée.

Mais aucune décision de ce genre peut n'être intervenue.

Alors, par le seul fait de l'échéance du terme, la société cesse de produire ses effets normaux; le lien qui unissait toutes les valeurs sociales ne prenait sa force que dans la volonté des parties. Cette volonté était conditionnelle, n'ayant été donnée que pour un temps. Ce temps est expiré. La volonté contractuelle n'existe plus. Elle s'est évaporée. Le lien social qui unissait, en un faisceau, les valeurs dont l'origine remonte aux souscriptions du début a perdu, du même coup, toute sa force. La société entre spontanément en dissolution. Son patrimoine doit impérativement être liquidé <sup>1</sup>.

Alors n'existera plus de volonté collective. Il ne peut plus se produire que des volontés individuelles. Il ne peut plus se manifester de volonté collective que dans la mesure où la chose est nécessaire pour régler le sort de la liquidation, par l'effet d'une volonté contractuelle énoncée dès l'origine, d'une manière explicite, ou d'une manière implicite, l'usage en décidant ainsi.

Si donc, tardivement avertis, les associés voulaient ordonner une prorogation, celle-ci ne pourrait plus être décidée qu'avec le consentement unanime des porteurs de parts sociales. Et il y aurait, au sens commercial du mot, et non plus seulement au sens fiscal du mot, création d'une société nouvelle. Cette société nouvelle ne pourrait faire autrement que de prendre en charge le passif de l'ancienne, ce qui provoquera, lors de la présentation de l'acte à la formalité, la perception de droits particuliers, de mutation mobilière ou de mutation immobilière.

Le gérant, et le cas échéant les membres du Conseil de surveillance, commettraient donc une faute notoire de négligence en ne convoquant pas l'assemblée générale des associés quelque temps avant l'époque statutairement fixée pour l'expiration de la vie sociale, en ne les mettant pas au courant de la situation de l'entreprise, et en ne les mettant

1. Comp. en ce sens Baudry-Lacantinerie et Wahl, 382; Thaller et Pic, 560. — La jurisprudence admet, suivant en cela l'administration de l'enregistrement, que la liquidation d'une société est un état de fait qui résulte des circonstances plus que de la volonté des parties (Civ. cass. 4 février 1901, D. P. 1903.1.339).

pas à même de se prononcer en temps utile sur le principe même d'une liquidation.

b) Une deuxième cause de dissolution se retrouve lorsqu'une seule personne finit par devenir propriétaire de toutes les parts sociales divisant le capital de la société à responsabilité limitée. Pour être en société, il faut être au moins deux. C'est là un principe qu'énonce formellement l'article 1832 du Code civil. On peut même reconnaître qu'une société qui, malgré certaines apparences ou certaines simulations, ne comprendrait réellement qu'une seule personne, se trouverait entachée d'une nullité radicale et absolue, précisément à raison de cet article 1832.

Si donc, la société, après avoir été régulièrement constituée, voit la propriété de ses parts se concentrer successivement entre les mains d'une seule personne, cette société disparaît, par confusion entre les valeurs comprenant le patrimoine social et celles qui composent le patrimoine individuel de cet associé intégral. L'article 529 du Code civil déclare *meubles* les intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie. Aussi ne considère-t-on que comme une créance sociale les droits acquis par un souscripteur en contre-partie de son apport.

Et l'article 1300 déclare que lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances.

Par conséquent, la créance constituée par la part sociale s'éteint. Le patrimoine social s'incorpore au patrimoine individuel de l'associé.

Cette formule de dissolution présente de notables avantages fiscaux, la jurisprudence décidant que la cession faite à un associé de toutes les parts ayant appartenu à ses coassociés opère de plein droit la dissolution de la société; l'être moral cesse dès lors d'exister; c'est la propriété même des biens divisant le capital social qui se trouve directement acquise par le cessionnaire. Le droit à percevoir est le droit de mutation à titre onéreux déterminé d'après la nature des biens et valeurs appartenant à la société dissoute<sup>1</sup>.

Mais la jurisprudence admet aussi que la mutation ne porte que sur la fraction des biens sociaux dont l'associé n'était pas déjà proprié-

1. Comp. en ce sens, Civ. cass. 7 février 1881, D. P. 81.1.267; Civ. cass. 23 février 1898, D. P. 1904.1.268; Req. 21 avril 1898, D. P. 98.1.449; Civ. cass. 14 juin 1898, D. P. 1904.1.498; Civ. cass. 11 avril 1905, D. P. 1906.1.460; Civ. cass. 28 avril 1911, D. P. 1913.1.25.

taire du fait des parts sociales qu'il possédait en propre, avant que n'intervienne la dernière cession <sup>1</sup>.

c) La dissolution d'une société à responsabilité limitée peut encore se produire par un acte de volonté collective émanant d'une assemblée générale au cours de laquelle les associés déclareront explicitement vouloir apporter aux statuts une modification concernant la durée de la société, cette durée devant être moindre que celle originairement prévue et expirer soit à une date nouvelle, soit instantanément.

L'assemblée compétente pour prendre une telle détermination est celle de l'article 31, assemblée dont nous avons expliqué les modalités et les règles *suprà*, n<sup>os</sup> 81 et 82.

d) La dissolution d'une société à responsabilité limitée peut encore avoir pour cause une décision de justice.

La dissolution anticipée qui a pour origine une résolution de l'assemblée générale s'apparente de très près à la dissolution anticipée qui a pour origine une décision de justice.

Mais il y a cependant cette différence : le vote de l'assemblée générale peut ne pas être motivé, il peut résulter d'une volonté arbitraire ou égoïste; au contraire, la décision de justice ne peut se fonder que sur un juste motif de dissolution.

Au premier rang de ces *justes motifs* se place la nullité de la société. Une instance en nullité n'est en réalité qu'une instance en dissolution anticipée de la société <sup>2</sup>.

La nullité est une des sanctions que la loi attache à l'inobservation d'une prescription formelle par elle ordonnée. Cette nullité est radicale et absolue, ou seulement relative (voir *suprà*, n<sup>o</sup> 15) suivant que le vice qui l'a fait naître se rapporte à une des conditions que la loi pose pour l'existence même de l'acte, ou suivant que ce vice se rapporte seulement à une des conditions que fixe la loi pour sa validité et pour sa perfection. Dans le premier cas, le juge saisi constate la nullité, dans le second cas, il l'ordonne, si elle n'est prescrite ou couverte.

La nullité relative n'aboutit le plus souvent qu'à une inopposabilité. Ses effets demeureront donc particuliers à celui qui l'invoque. Mais lorsque celui qui l'invoque est un associé, on ne saurait ni comprendre

1. Comp. en ce sens, Civ. cass. 7 février 1887, précité; Civ. cass. 17 novembre 1890, S. 91.1.275; Trib. civ. Boulogne, 9 juin 1928, *Sem. Jurid.* 1928.1363.

Et encore réponse écrite du ministre des Finances du 12 novembre 1926, *J. Off.* du 18 décembre 1926.

2. Hémar, *Des sociétés de fait*, 293.



ni admettre qu'une société soit opposable à certains de ses associés et soit inopposable à certains autres. Sa dissolution doit donc être prononcée, autant peut-être à raison du vice qui l'atteint qu'à raison du principe de l'égalité qui doit régner entre tous les associés.

Très généralement, les nullités sociales sont des nullités relatives, le vice qui les produit atteignant une des conditions de validité de l'acte juridique, et non pas une de ses conditions d'existence. Le juge prononcera donc la nullité. Mais cette nullité ne produira d'effets que pour l'avenir. Sa vie sociale et toutes les opérations antérieures auxquelles elle a donné lieu demeurent valables et opposables. La déclaration de nullité n'entraîne qu'un arrêt de la vie sociale. Et c'est ainsi qu'elle ne peut être considérée que comme la sœur jumelle d'une résolution de l'assemblée générale ordonnant la liquidation anticipée de la société.

Les tribunaux peuvent être régulièrement saisis d'une demande en déclaration de dissolution anticipée pour des justes motifs autres qu'une nullité sociale atteignant la société dans l'une des conditions imposées par la loi pour la perfection de l'acte juridique que représente cette société.

Pour les sociétés anonymes, il existe une disposition spéciale qui vise le cas d'une perte des trois quarts du capital social (loi du 24 juillet 1867, article 37). Cette disposition spéciale n'a pas été reproduite par le législateur de 1925, lequel s'est contenté de dire que le capital social doit être de 25.000 francs au moins (article 6). Ce même article 6 ajoute que le capital ne peut être réduit au-dessous de ce chiffre (voir *suprà*, n° 22).

Or, le capital d'une société peut se trouver réduit de deux manières, soit officiellement, soit pratiquement.

Il sera réduit officiellement quand une résolution de l'assemblée générale aura décidé de modifier l'article des statuts relatif au chiffre du capital social et au nombre ou à la valeur des parts divisant ce capital (Voir *suprà*, n° 86). Il est hors de doute qu'une assemblée générale ne peut officiellement ordonner que le capital social sera réduit à une somme inférieure à 25.000 francs. Il y aurait en ce cas un germe de nullité justifiant une décision judiciaire portant dissolution anticipée de la société.

Mais l'actif social peut être réduit, en fait, à moins de 25.000 francs, sans qu'intervienne aucune décision de l'assemblée générale. Cette diminution ne pourra se révéler qu'à l'aide de la comptabilité, par l'existence d'un lourd report débiteur de Profits et Pertes, ou par une discussion critique de la valeur exacte qu'il convient d'attribuer aux divers éléments comptabilisés au bilan.

La situation sera d'autant plus dangereuse pour les tiers, précisément parce que aucun document officiel ne viendra la faire apparaître.

Il est clair cependant qu'on ne peut créer arbitrairement une nullité, une pénalité, ou une sanction prohibitive, de telle sorte qu'on ne peut que constater l'inaction, ou l'imprévision, du législateur. Aucun juge n'a compétence pour y suppléer (voir *suprà*, n° 22, et les autorités citées). Le législateur n'a parlé que du capital. Ce terme ne s'applique qu'à un chiffre statutaire. Le capital, chose fixe et invariable, ne peut se confondre avec la situation comptable des affaires sociales, chose éminemment variable et sujette aux plus grandes fluctuations comme aux plus grands aléas.

Il faut donc reconnaître, d'abord que le fait par une société à responsabilité limitée d'avoir un bilan prouvant une perte de plus des trois quarts du capital social est un fait juridiquement indifférent, qui ne constitue pas un juste motif de dissolution anticipée;

ensuite, que le seul fait que les tribunaux pourraient prendre en considération serait une perte d'exploitation provoquant un reliquat actif inférieur à 25.000 francs, marge minima de sécurité paraissant imposée par la loi, sans que cette circonstance de fait soit nécessairement et intrinsèquement un juste motif de dissolution anticipée, la loi n'ayant édicté à cet égard aucune prohibition formellement exprimée. Les tribunaux, appelés à statuer sur une demande en dissolution pour justes motifs, ne pourraient donc se contenter de constater des pertes faisant tomber le capital au-dessous de 25.000 francs; ils doivent, en outre, relever diverses circonstances de fait permettant d'affirmer que les chances de relèvement sont pratiquement nulles.

Un autre juste motif de dissolution anticipée se retrouve dans l'article 1865 du Code civil, lequel prévoit *l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation*.

Ce texte est évidemment archaïque, et, pour le comprendre, il faut se reporter par la pensée à l'époque du Code civil, 1804, soit le début de l'Empire, la fin du Directoire, la période troublée suivant immédiatement la période d'aurore industrielle qui avait été celle du règne de Louis XVI. Les grandes entreprises industrielles étaient encore bien rares; les sociétés qui se formaient alors ressemblaient bien plus à celles que formaient jadis les Romains qu'à celles qui se constituent de nos jours. Le législateur de 1804 concevait souvent la société comme une entreprise de capitalistes qui, séduits par la hardiesse et la faconde d'un

navigateur dieppois ou malouin, s'associaient pour lui fournir des fonds dans le but d'armer un navire qui ferait une saison de pêche, ou de la course, ou diverses choses moins avouables. Ce genre d'industrie a toujours comporté de larges aléas; le navire pouvait périr dans une tempête, ou couler en pleine mer sous le canon anglais. C'est là l'extinction de la chose de l'article 1865. Le navire pouvait aussi échapper à ces dangers, et revenir heureusement au port, chargé d'une pacotille recueillie au Sénégal ou à Saint-Domingue. Les associés s'en partageaient le produit. C'était alors la consommation de la négociation du même article 1865.

De toute manière, la société était éteinte. Et disparaissaient du même coup les liens et les obligations qu'elle avait fait naître.

Généralement, les choses se passent aujourd'hui avec moins de simplicité. Cependant les syndicats boursiers, sociétés souvent formulées d'une manière très fruste et très incomplète, sont presque tous des sociétés de même ordre. Il y aura lieu d'appliquer l'article 1865, soit lorsque tous les titres disponibles auront été placés dans le public (et il y aura alors consommation de la négociation) — soit lorsque la société émettrice des titres viendrait à tomber en faillite ou en liquidation, car il y aurait, en pareil cas, extinction de la chose.

D'une manière générale, on doit admettre que l'article 1865 aura sensiblement moins d'occasions de s'appliquer dans les sociétés de capitaux que dans les sociétés de personnes, et, d'autre part, que l'article 1865 ne peut recevoir application que lorsque l'objet social est très strictement délimité, de telle sorte que ce texte doit se voir écarter sitôt qu'il subsiste une possibilité de vie sociale, soit du fait de ressources matérielles ou occultes, soit du fait d'un texte statutaire donnant à l'objet social une forme suffisamment large.

L'article 1865 ne se comprend que dans des sociétés à objet très limité, cet objet pouvant être par exemple la mise au point d'une invention, laquelle vient à être reconnue non brevetable comme ayant fait l'objet d'une prise antérieure de brevet.

A l'extinction de la chose, on a voulu assimiler la perte manifeste et totale du capital social<sup>1</sup>. Les deux hypothèses sont cependant très dissemblables; la perte du capital n'est qu'un accident d'exploitation qui ne comporte pas extinction de la chose sociale, car la société conserve toujours certaines chances et certaines possibilités qui subsistent

1. Comp. en ce sens, Req. 16 juin 1873, D. P. 74.1.61.

à raison du crédit qu'elle peut avoir et de la faculté qu'elle conserve d'augmenter son capital <sup>1</sup>.

L'article 1869 du Code civil accorde encore un droit de dissolution à quelque associé que ce soit, par une simple manifestation de volonté, pourvu que la société soit d'une durée illimitée, et pourvu que la renonciation soit faite de bonne foi et non à contre temps.

Ce texte ne paraît pas applicable aux sociétés à responsabilité limitée. En fait, les sociétés de cette nature ne seront que bien exceptionnellement des sociétés dont la durée n'aura pas été statutairement précisée. En droit, on peut ajouter que l'application de ce texte doit être écartée, parce qu'il est impossible, en une telle sorte de société, que cette renonciation soit faite à une époque où les choses sont encore entières, ou à une époque où il n'importe à la société que sa dissolution soit différée. Les valeurs sociales ayant été unies en un patrimoine commun pour la réalisation d'un objet déterminé, ce n'est que lorsqu'il y aurait extinction de la chose ou consommation de la négociation que les restrictions imposées par l'article 1870 pourraient être levées.

Mais on entre alors dans une hypothèse distincte et dans une cause de dissolution entièrement différente <sup>2</sup>.

Les tribunaux peuvent encore être appelés à prononcer la dissolution anticipée d'une société, quelle qu'elle soit, pour dissentiments graves et permanents entre les associés. Le texte alors applicable est l'article 1871, auquel les tribunaux ont souvent donné une extension arbitraire, et qui est ainsi rédigé : *La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitraire des juges.*

Ce texte ne paraît applicable qu'aux sociétés de personnes <sup>3</sup>. La jurisprudence dans la grande majorité de ses décisions, se prononce en sens opposé <sup>4</sup>.

1. Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 380; Thaller et Pic, 573.

2. Comp. Auger, note, *Rev. Soc.* 1927.132; Drouets, 450; Piot, 17.

3. Comp. Copper Royer, III, 659 bis.

4. Comp. notamment Paris, 17 février 1890, *Rev. Soc.* 90.307; Douai, 20 mai 1897, *D. P.* 98.2.230; Req. 29 avril 1897, *D. P.* 98.1.106; Req. 9 mars 1903, *D. P.* 1904.1.89; Rouen, 3 novembre 1915, *J. Soc.* 1916.100; Civ. rejet, 3 juillet 1919, *J. Soc.* 1922.221; Lyon, 28 octobre 1926, *D. H.* 1926.556; Req. 10 mai 1926, *D. P.* 1927.1.133; Req. 13 décembre 1926, *Rev. Soc.* 27.54; Paris, 28 janvier 1928, *Sem. Jurid.* 1928.750.



Mais il faut au moins reconnaître que, dans les sociétés de capitaux à durée statutairement précisée, et dont la volonté collective se manifeste par le moyen d'assemblées générales, où la majorité impose sa loi à la minorité, les magistrats ne peuvent prononcer la dissolution anticipée de la société pour cause de dissentiments graves et persistants entre associés que dans des cas exceptionnels, et à charge par eux de constater que la mésintelligence qui est née entre les associés rend impossible le fonctionnement normal de la société <sup>1</sup>.

Il faut encore que les dissentiments dont il est argué ne soient pas l'œuvre exclusive des demandeurs en dissolution anticipée <sup>2</sup>.

Il faut enfin, d'une manière très générale, reconnaître que, en soi, la mésintelligence entre associés n'a pas nécessairement à être prise en considération. La question de savoir si elle est, ou non, une cause de dissolution, doit être mesurée d'après le seul et exclusif intérêt de la société <sup>3</sup>.

La cessation des paiements entraîne un état de faillite, qui, une fois judiciairement constaté, provoque à l'encontre du commerçant des conséquences fort graves et très lourdes. Une société à responsabilité limitée, organisme forcément commercial, peut être déclarée en faillite.

Mais la déclaration de faillite ne met pas fin de plein droit à la vie sociale <sup>4</sup>. Cette vie sociale continue, sous diverses sujétions, en attendant la solution de la faillite, cette solution pouvant être un concordat qui remettra la société à la tête de ses affaires, avec, seulement, l'obligation d'acquitter le passif bloqué par la faillite en un certain laps de temps, souvent même avec divers abattements.

Si la faillite ne se clôture pas par un concordat, la situation, commercialement très difficile, où se trouvera la société, peut constituer un juste motif de dissolution anticipée.

Durant tout le cours des opérations de la faillite, la société continue

1. Comp. Grenoble, 28 décembre 1871, D. P. 72.2.206; Lyon, 16 février 1881, D. P. 82.2.108; Paris, 9 février 1884, *Rev. Soc.* 85.9; Req. 18 novembre 1895, D. P. 96.1.34; Civ. cass 25 janvier 1904, D. P. 1904.1.601; Trib. comm. Lille, 3 décembre 1923, *Rev. Soc.* 1924.216; Caen, 30 janvier 1930, *Rev. Soc.* 1930.271.

2. En ce sens, Paris, 27 mars 1895, D. P. 95.2.319; Lyon, 5 juillet 1900, *J. Soc.* 1901.157; Trib. comm. Avignon, 28 novembre 1913, *J. Soc.* 1914.380.

Comp. également, Thaller et Pic, 578.

3. Comp. Civ. cass. 25 janvier 1904, D. P. 1904.1.601.

4. En ce sens, Civ. rejet, 9 mai 1854, D. P. 54.1.205; Lyon, 5 juillet 1862, D. P. 63.2.95.

Comp. en sens opposé, Amiens, 30 janvier 1867, D. P. 69.1.98.

à être représentée par son gérant. C'est sur lui que repose la charge de faire tout ce qui sera possible pour obtenir un concordat.

**95. Du liquidateur.** — La société à responsabilité limitée qui vient à expiration, pour une cause contractuelle ou pour une cause extra-contractuelle, doit être liquidée, et cette liquidation doit être réalisée par les soins d'un mandataire spécial qui jouera un rôle symétriquement inverse à celui qui fut joué à l'origine par le fondateur.

Le fondateur avait extrait d'un certain nombre de patrimoines individuels des sommes ou des valeurs qui avaient servi à constituer le patrimoine social. Le liquidateur doit rendre liquides et partageables toutes les valeurs composant le patrimoine social et distribuer ces valeurs entre un certain nombre de patrimoines individuels.

La liquidation de la société met théoriquement fin aux pouvoirs de tous mandataires sociaux <sup>1</sup>. Il est naturel d'en décider ainsi puisque la dissolution a pour effet de supprimer les accords de volonté qui avaient originairement existé pour créer la société <sup>2</sup>. Par conséquent, les pouvoirs conférés au gérant cessent à compter du jour où, pour une cause quelconque, la société entre en liquidation, de la même manière et pour les mêmes raisons que cessent, à compter de la même époque, les pouvoirs d'un Conseil d'administration de société anonyme. Du reste, ces pouvoirs avaient un objet précis, celui de gérer et administrer les biens sociaux de manière à leur faire produire, si possible, des bénéfices, tout en acceptant de courir certains risques. Du jour où commence la liquidation, le décor change. Il ne s'agit plus de gérer. Il ne s'agit plus de tenter la réalisation de bénéfices. Il ne faut plus courir de risques.

L'autorité qui ordonne la dissolution anticipée d'une société doit donc pourvoir à la nomination d'un ou de plusieurs liquidateurs.

**96. Nomination du liquidateur.** — En principe, le liquidateur doit être nommé par la volonté collective des associés, cette volonté collective se manifestant, soit par une disposition préventive des statuts, soit par une résolution explicite de l'assemblée générale. Sans doute, la dissolution de la société brise le pacte social. La règle commune originairement acceptée cesse d'être obligatoire. Mais les parties

1. Comp. en ce sens, Nîmes, 8 mai 1908, *J. Soc.* 1910.63; Req. 4 février 1896, D. P. 97.1.217; Civ. rej. 20 juillet 1897, D. P. 98.1.241.

Comp. également Thaller, 701.

2. Comp. Thaller et Pic, 620.

Comp. également Lyon, 10 juillet 1898, S. 1901.2.257.

peuvent avoir prévu l'hypothèse et avoir décidé par avance de se soumettre quand même à certaines règles collectives tant que dureraient les opérations de la liquidation, jusqu'au partage définitif. Ces règles forment la volonté des parties <sup>1</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence admet, presque à l'égal d'un postulat, que la personnalité juridique d'une société dissoute subsiste, pour les besoins de la liquidation, et jusqu'à ce que celle-ci soit achevée, quelle que soit la cause de la liquidation, et alors même que cette cause remonte à une déclaration de nullité <sup>2</sup>.

Cette personnalité juridique fait partie d'une armature, dont l'ensemble comprend différents éléments, au premier rang desquels se place l'organe de volonté qu'est l'assemblée générale, dont le fonctionnement subsiste, dans tous ses détails et dans toutes ses modalités, durant tout le cours de la liquidation.

Cette armature reste debout, tant qu'il n'a pas été procédé à un partage définitif.

L'assemblée générale demeure donc compétente pour émettre des résolutions qui seront le fruit d'une volonté collective et sociale, cette volonté étant exprimée sitôt qu'elle réunit les votes d'une majorité. Elle s'impose à tous absents et à tous dissidents.

C'est donc à l'assemblée générale des associés qu'il appartient de nommer un ou plusieurs liquidateurs, et de fixer toutes les conditions de leur mandat. Il en est ainsi quelle que soit la cause provoquant la dissolution, et alors même que cette liquidation serait la conséquence d'une déclaration de nullité <sup>3</sup>.

Les tribunaux, saisis d'une demande en nullité et ordonnant, à raison de la nullité qu'ils prononcent, la dissolution anticipée de la société, prennent souvent sur eux de désigner d'office un liquidateur, dont ils imposent la personnalité à la collectivité des associés, au lieu d'exiger la réunion d'une assemblée générale appelée à se prononcer sur le choix d'un liquidateur <sup>4</sup>.

Cette pratique paraît irrégulière; elle est en opposition avec les règles de l'article 1134 du Code civil <sup>5</sup>.

La jurisprudence admet souvent une pratique encore plus discuta-

1. Req. 15 janvier 1889, D. P. 90.1.471; Orléans, 24 juillet 1890, D. P. 91.2.337.

2. Req. 18 février 1903, D. P. 1904.1.310; Orléans, 29 février 1904, D. P. 1905.2.337.

Comp. notamment la note de M. Lacour sous ce dernier arrêt.

3. En ce sens, Req. 15 janvier 1889, D. P. 90.1.471.

4. Comp. Paris, 28 mai 1884, *J. Soc.* 84.428.

5. Comp. Aix, 11<sup>e</sup> novembre 1871, D. P. 73.2.78.

ble, car elle reconnaît aux tribunaux le droit de discuter le choix du liquidateur désigné soit par les statuts, soit par l'assemblée générale, et de décider souverainement, d'après les circonstances, qu'il y a de justes motifs pour écarter le liquidateur ainsi désigné et pour confier la direction de la liquidation à un mandataire de justice <sup>1</sup>.

De toute manière, il faudrait reconnaître la compétence du tribunal pour nommer d'office un liquidateur choisi par lui, et non par l'assemblée, lorsque les circonstances de la cause démontreraient l'impossibilité de faire fonctionner normalement les organismes sociaux, spécialement l'assemblée générale, par exemple lorsqu'il est impossible de réunir le quorum fixé par l'article 31.

Aucune condition de compétence n'est exigée pour la désignation d'un liquidateur amiable, et l'assemblée générale des associés a tous pouvoirs pour désigner qui bon lui semble, fût-ce un étranger à la société.

Cette règle est déjà admise en matière de société anonyme, alors que la loi exige impérativement que les administrateurs soient choisis parmi les associés; elle doit l'être *a fortiori* en cas de société à responsabilité limitée, dont le gérant lui-même peut être pris en dehors des associés.

Le liquidateur, qui peut être nommé par l'assemblée, peut être révoqué par elle.

Le pacte social subsiste pendant toute la période de liquidation, et il faut admettre que si l'assemblée générale des associés conserve ses pouvoirs, les dispositions légales ou contractuelles relatives aux modalités de convocation subsistent également. Un groupement d'associés représentant la moitié du capital social peut donc requérir la convocation d'une assemblée, dût l'ordre du jour comporter la révocation du liquidateur.

Dans certains cas graves, et notamment si les demandeurs démontrent certains faits notoires de collusion, de malversations ou d'abus de droit, les tribunaux peuvent être saisis et prononcer *de plano* le remplacement du liquidateur nommé par l'assemblée par un mandataire de justice <sup>2</sup>.

Mais les faits dénoncés doivent être particulièrement graves et le reproche de prolonger abusivement les opérations d'une liquidation

1. Comp. Req. 30 avril 1873, D. P. 75.1.32; Civ. cass. 27 mars 1893, D. P. 93.1.440; Req. 29 mars 1904, *Rev. Soc.* 1904.493; Paris, 15 juillet 1925, *Rev. Soc.* 26.24.

2. Req. 30 avril 1873, D. P. 75.1.32; Req. 29 mars 1904, D. P. 1905.1.193.



dans le but de ne pas partager tout de suite certaines actions acquises d'une tierce société a été reconnu comme insuffisant <sup>1</sup>.

Le liquidateur peut aussi donner sa démission. Mais il ne doit pas le faire à contre temps et il doit veiller à ce que l'assemblée générale puisse, en temps utile, lui donner un successeur. Tout ce que nous avons dit, *suprà*, nos 90 et 93 des membres du Conseil de surveillance trouverait ici son application.

**97. Fonctions et pouvoirs du liquidateur.** — Le premier acte d'un liquidateur doit être de porter à la connaissance des tiers la dissolution de la société ainsi que sa nomination. Il le fera en effectuant les formalités de publicité légale que nous avons examinées *suprà*, n° 29.

Le rôle essentiel de tout liquidateur consiste dans la réalisation de l'actif, le paiement du passif et le partage du solde entre tous ayants droit.

La réalisation de l'actif est une opération qui consiste à défaire exactement ce qui avait été fait aux temps originaires de la société. Au début, la société s'est trouvée ayant en caisse les espèces que lui avaient versées ses souscripteurs; elle a employé ces espèces en valeurs productives lui permettant d'atteindre le but qu'elle s'était statutairement fixé et d'entamer son exploitation. Le liquidateur, lui, doit vendre ces valeurs immobilisées de manière à les transformer en valeurs facilement partageables, valeurs dont le prototype sera toujours des espèces.

C'est en effet avec des espèces que le liquidateur paiera les créanciers sociaux. Et son premier devoir est de les payer. Ce sans quoi n'importe quel créancier pourrait assigner la société en déclaration de faillite.

Car une société de capitaux, qui se survit pour les besoins de sa liquidation, peut être déclarée en faillite au cours de cette période aussi bien qu'au cours de la vie sociale <sup>2</sup>. Il existera alors deux organismes : l'un, organisme social, qui représente la société, et qui demeure chargé de toutes ses opérations, sans pouvoir agir autrement qu'un failli peut agir; l'autre, organisme judiciaire, qui préside aux intérêts des deux masses, celle des associés et celle des créanciers <sup>3</sup>.

Il n'en est pas moins vrai que, en pratique, la mise en faillite d'une société déjà en liquidation aboutit virtuellement au dessaisissement du liquidateur; il n'en est pas de même d'une société encore en période de

1. Paris, 15 juillet 1925, *Rev. Soc.* 26.24.

2. Req. 4 février 1896, D. P. 97.1.217.

3. Civ. rej. 18 juin 1902, D. P. 1902.1.385.

vie sociale. Car le gérant peut espérer l'obtention d'un concordat, qui remettra la société à la tête de ses affaires. Si la société est déjà dans sa période liquidative, l'obtention d'un concordat n'avancerait pas beaucoup les choses.

Donc, le liquidateur doit tout faire pour aboutir au paiement des créanciers sociaux, lesquels se montreront souvent d'autant plus exigeants que le liquidateur amiable n'est pas tenu de les payer, comme le ferait un syndic, sur un pied de parfaite égalité. Le liquidateur amiable agit comme peut le faire un héritier bénéficiaire, à qui l'article 808 du Code civil permet de payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent <sup>1</sup>.

Rien n'empêche un liquidateur amiable, lui-même créancier de la société, de se payer en premier <sup>2</sup>.

On comprend dès lors que le liquidateur soit en droit de réaliser l'actif par des moyens rapides qui ne feront pas obtenir aux objets vendus une valeur vénale en rapport avec les estimations que donnait l'inventaire <sup>3</sup>.

Rappelons seulement que le liquidateur représente l'être moral durant toute la période de liquidation; il remplace le gérant, avec cette seule différence qu'il a un mandat comportant d'autres directives. C'est lui seul qui a qualité et compétence pour assurer tous les actes de la vie sociale, tant dans les rapports externes de la société avec les tiers, que dans les rapports internes des associés avec la société elle-même. C'est le liquidateur qui devra réunir et présider les assemblées générales. C'est lui qui devra suivre toutes instances judiciaires, tant en demandant qu'en défendant.

On doit même reconnaître au liquidateur le droit de poursuivre temporairement l'exploitation sociale, mais seulement dans la mesure où cela est nécessaire pour permettre une meilleure réalisation des biens que le liquidateur est chargé de vendre.

On doit aussi reconnaître au liquidateur le droit d'emprunter, fût-ce en hypothéquant les immeubles sociaux, car ce peut être un avantage pour la société de trouver rapidement les fonds nécessaires pour payer ses créanciers externes et ses dettes immédiatement exigibles. Elle pourra ainsi attendre une occasion favorable soit pour la vente de ses biens immobilisés, soit pour leur cession globale à une tierce entreprise <sup>4</sup>.

1. Thaller et Pic, 822.

2. Pau, 23 janvier 1888, D. P. 89.2.130.

3. Pour toutes les dispositions que la loi ou l'usage établissent pour les réalisations d'actif par un liquidateur amiable, voir Copper Royer, t. III, nos 675 et suiv.

4. En ce sens, Arthuys, 766; Lyon-Caen et Renault, 386.

Sans doute, l'hypothèque est un acte dépassant les limites d'un administrateur général, mais il ne peut être, ici, question d'administration; le liquidateur n'est pas tant un mandataire qu'un représentant légal. L'aliénation d'un immeuble, elle aussi, est un acte excédant les pouvoirs d'un administrateur général, et cet acte est manifestement un des actes qu'il appartient au liquidateur d'effectuer en exécution de son mandat.

**98. De la clôture de la liquidation et du partage.** — Toutes les opérations du liquidateur doivent être effectuées en vue du partage à faire entre les associés du solde actif de la liquidation, toutes dettes externes préalablement payées.

Deux principes essentiels dominent en cette matière :

— le liquidateur ne doit rien répartir aux associés avant l'extinction totale du passif <sup>1</sup>;

— les répartitions que le liquidateur peut être amené à faire aux associés doivent respecter scrupuleusement le principe de l'égalité.

L'inobservation, par un liquidateur, de l'une ou de l'autre de ces deux règles, n'entraînerait pas la nullité de l'acte auquel il aurait été irrégulièrement procédé. Mais elle entraînerait la responsabilité personnelle du liquidateur. L'administration fiscale a fait déclarer engagée cette responsabilité individuelle d'un liquidateur qui avait versé aux associés tous les fonds disponibles sans garder entre ses mains somme suffisante pour permettre l'acquit des contributions privilégiées, arguant à cet effet d'une loi du 5 août 1791 <sup>2</sup>.

Mais il faut, pour cela, ou qu'il s'agisse de contributions privilégiées, ou que le créancier rapporte la preuve d'une fraude notoire du liquidateur.

S'il en est autrement, l'administration ne se reconnaît que le droit de poursuivre individuellement chaque associé, jusqu'à concurrence des sommes ou valeurs par lui tirées de la liquidation <sup>3</sup>.

Une fois réalisées toutes les opérations tendant à la réalisation de l'actif et au paiement du passif externe, le liquidateur doit établir un compte général de la liquidation et le soumettre aux associés.

Cette reddition de comptes est d'autant plus nécessaire que, durant

1. Req. 28 janvier 1884, D. P. 84.1.145.

2. Douai, 5 juillet 1927, *Gazette du Palais* du 19 octobre.

3. Réponse écrite du ministre des Finances à une question Ybarnegaray, en date du 23 avril 1926, *Journ. Off.* du 10 juin 1926.

tout le cours de la période liquidative, le liquidateur a joui d'une extrême liberté, n'étant pas tenu de réunir d'assemblée générale, ni même de fournir aux associés des explications ou des justifications comptables <sup>1</sup>.

Cette reddition de comptes doit, en principe, s'effectuer au moyen d'un rapport et d'un compte détaillés.

Ce rapport doit être adressé à tous les associés de manière à ce qu'il soit bien établi que le quitus dont jouira le liquidateur aura été donné en connaissance de cause.

Le liquidateur convoquera ensuite les associés en une dernière assemblée générale, celle-ci prenant connaissance des comptes de liquidation et des justifications qui l'appuient et ordonnant toutes résolutions qu'elle croira utiles. Très généralement, l'assemblée se terminera par une approbation des comptes et par un quitus définitif donné au liquidateur.

Il reste alors à envisager la question du partage de l'actif.

Ce partage peut avoir été effectué préventivement par le liquidateur, dont le compte se soldera ainsi par une balance générale. L'assemblée générale, approuvant à la fois et le compte des opérations liquidatives et le partage qui l'a suivi, tranchera tout d'une manière définitive.

Souvent, les choses ne se passent pas ainsi, le compte de liquidation se contentant de présenter l'ensemble des opérations actives et passives dont le solde forme précisément l'actif susceptible d'être partagé, mais sur lequel l'assemblée peut faire certains prélèvements, ne serait-ce que pour allouer des émoluments au liquidateur.

Aussi considère-t-on parfois le mandat imparti au liquidateur comme s'arrêtant à l'opération même du partage <sup>2</sup>. Suivant cette opinion, la liquidation et le partage seraient deux opérations essentiellement distinctes et successives, devant obéir chacune à des règles propres. Nous ne partageons pas cette pensée. La liquidation est une opération unique, qui comprend des éléments qui, sans doute, ne peuvent être que successifs, mais qui ne se comprennent que réunis ensemble. La liquidation est une opération qui est symétriquement l'inverse de celle à laquelle préside le fondateur. Le fondateur doit poursuivre son œuvre jusqu'à la constitution définitive de la société, c'est-à-dire jusqu'à la formation définitive de ce patrimoine social qui se substitue aux patrimoines individuels qui, jusqu'alors, seuls, étaient en présence. Le liqui-

1. Comp. cependant Paris, 30 juin 1897, *Gaz. Palais*, 972.

2. Comp. Dalloz, Rép. prat. *Société*, 1387.



dateur est mandaté pour faire rentrer dans les patrimoines individuels ce qui en était sorti. Cette opération ne se réalise que par le partage. Toutes les autres opérations de la liquidation ne sont que les moyens d'atteindre ce but, lequel constitue l'objet primordial et essentiel du mandat.

Lorsque le compte de liquidation est présenté avant que ne soient faites les attributions individuelles qui constituent le partage, ce compte de liquidation ne peut donc s'analyser que comme un compte préparatoire, destiné à donner aux associés les renseignements nécessaires pour procéder, en connaissance de cause, à l'opération primordiale de la liquidation, et destiné aussi à faire donner, au mandataire qu'est le liquidateur, un quitus partiel couvrant les opérations les plus délicates de son mandat.

L'assemblée à laquelle ce compte de mandat est fourni est une assemblée de l'article 27, à quorum de moitié<sup>1</sup>, car son objet n'entraîne aucune modification des statuts.

Si la société comprend moins de vingt membres, le liquidateur n'a pas besoin de réunir effectivement les associés : il peut consulter les associés par correspondance.

L'assemblée se prononce sur les comptes à elle soumis; elle peut demander toutes justifications, ordonner toutes expertises ou tous redressements. Elle statue à la majorité prévue en l'article 27. Si cette majorité approuve les comptes du liquidateur, la minorité ne peut que s'incliner. Si cette majorité repousse les comptes du liquidateur, c'est à l'assemblée à voter toutes les décisions qui sont la conséquence naturelle de ce refus. La conséquence extrême peut être une révocation du liquidateur et son remplacement par un autre, lequel aura précisément pour mandat de poursuivre les redressements et les remboursements que l'assemblée croit nécessaires.

Mais, en ce cas, on peut se demander si une assemblée de l'article 27 demeure compétente, alors que le liquidateur a été nommé par une assemblée de l'article 31. Sans doute, on peut dire que ce n'est pas tant pour la nomination d'un liquidateur que pour la décision à prendre quant à la liquidation que l'assemblée du début fut nécessairement une assemblée de l'article 31.

Ce raisonnement demeure parfaitement exact pour une société anonyme, parce que les administrateurs d'une société anonyme sont nommés ou révoqués par une de ces assemblées que dans le langage courant

Voir *suprà*, n° 82 a).

on qualifie d'assemblées ordinaires. Mais il ne paraît pas applicable en cas de société à responsabilité limitée, les gérants n'étant alors nommés ou révoqués, que par une assemblée de l'article 31. On peut en inférer que l'assemblée de l'article 31 est seule compétente pour nommer, ou révoquer, les mandataires généraux de la société. Or, le liquidateur est un mandataire général. Donc, l'assemblée des associés qui, réunissant les seules conditions de l'article 27, demeure compétente pour connaître et discuter du compte de liquidation, devra réunir en outre les conditions de validité imposées par l'article 31 si elle veut aller jusqu'à cette conséquence extrême de son droit de discussion, qui est la révocation du liquidateur.

Il interviendra finalement, soit au cours de cette première assemblée, soit au cours d'une assemblée ultérieure, une approbation des comptes de liquidation, comptes préparatoires au partage. L'assemblée donnera alors au liquidateur en exercice, ou à tel autre mandataire qu'il lui plaira de désigner, des directives quant à l'opération finale de partage qui demeure le but et la raison d'être de la liquidation. L'assemblée ne donnera que des directives. Elle ne donnera un mandat nouveau que si elle choisit un nouveau mandataire.

Aux termes de l'article 1872 du Code civil, les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers s'appliquent au partage entre associés. Le renvoi d'ordre général inséré en l'article 18 du Code de commerce tend à rendre applicable ce texte aux sociétés commerciales. Il est évident toutefois qu'il convient de faire à ce sujet une distinction notoire entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Une société de capitaux est un contrat d'une essence particulière, qui demeure très différente de celle qui caractérise les sociétés de personnes. Or, déjà, des distinctions très certaines séparent une société commerciale de personnes d'une cohérie ayant à se partager un patrimoine héréditaire. Déjà tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que certaines des règles concernant le partage des patrimoines héréditaires ne peuvent pas s'appliquer au partage des patrimoines des sociétés de commerce. Il en est notamment ainsi en matière de retrait successoral, de déchéance pour cause de recel, du point de départ des intérêts en cas de valeurs sujettes à rapport <sup>1</sup>.

Si on se trouve en présence d'une société de capitaux, les différences

1. Comp. Thaller et Pic, 683; Arthuys, 776; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Sociétés*, 483.

s'accroissent terriblement. On peut dire, alors, que les articles 815 et suivants du Code civil ne peuvent servir que de règles lointaines auxquelles il conviendra de se référer chaque fois qu'on ne pourra pas faire autrement, soit à raison des statuts, soit à raison des usages commerciaux, soit à raison des volontés exprimées par l'assemblée générale.

La liquidation d'une société de capitaux ne se conçoit que sous la forme d'une masse partageable réunie par le liquidateur, cette masse partageable étant composée d'éléments strictement égaux, qui seront très généralement des espèces, ou, occasionnellement, des titres émis par une tierce société. Le principe de l'égalité absolue devant, à titre permanent, exister entre tous les associés, empêche qu'il en puisse être autrement.

Chaque associé a droit à une fraction de cette masse active partageable, chaque fraction étant calculée au prorata du nombre des droits sociaux dont chaque associé est tributaire au jour où se fait le partage.

On le voit, le partage du patrimoine d'une société de capitaux est singulièrement plus facile que le partage des biens d'une succession.

C'est lorsque la totalité des fonds sociaux à partager aura été répartie que l'être moral cessera définitivement d'exister. L'évaporation définitive de l'être moral ne se produit pas à une période nette et franche. Il y a, de ce fait encore, une analogie entre la période de dissolution et la période de formation, cette dernière commençant obscurément et ne prenant de consistance que par des actes successifs, peut-être espacés, analogues à des alluvions.

La dissolution ne se produit pas au jour où la part de chacun est délimitée, mais au jour où chaque intéressé a effectivement reçu ce à quoi il avait droit <sup>1</sup>. Aussi, la liquidation peut se prolonger pendant un temps relativement indéfini <sup>2</sup>. Ce qui peut permettre à des créanciers jusqu'alors inconnus de se révéler tardivement et de pratiquer des oppositions ou des saisies sur les fractions d'actif qui n'ont pas encore fait l'objet d'une distribution effective. Quant aux associés qui ont touché es répartitions précédemment votées, ils peuvent en être reconnus personnellement débiteurs envers une liquidation que les créanciers tardivement apparus sont en droit de faire rouvrir <sup>3</sup>.

1. Il y a là une doctrine contraire à celle qui est communément adoptée pour déterminer la prescription criminelle en cas de dividende fictif, la distribution du dividende s'analysant comme un acte instantané qui produit tous ses effets à compter du jour de la mise en distribution (Crim. cass. 19 décembre 1924, S. 1925.1.286)

2. Comp. Thaller et Pic, 650.

3. Comp. Dalloz, Rép. prat. *Société*, 1386; Thaller et Pic 650.

Aucune publicité légale n'est juridiquement exigée pour faire connaître aux tiers la clôture de la liquidation et le partage effectif d'un solde actif qui n'est, tel que les associés le croient être, que parce que les associés sont convaincus qu'il ne reste plus aucun passif externe qui soit exigible.

Mais un liquidateur fera toujours sagement avant de procéder au partage effectif du reliquat actif de la liquidation de faire paraître une ou deux annonces légales faisant connaître aux tiers qu'il a terminé les opérations liquidatives, qu'il croit avoir éteint tous les créanciers sociaux, qu'il se dispose à répartir le solde actif et qu'il procédera effectivement à cette répartition si, dans la quinzaine, aucun créancier nouveau, et inconnu de lui, ne s'est fait connaître.

Sans doute, la multiplicité abusive des journaux d'annonces légales fait qu'un avis de cette nature garde des chances très grandes de demeurer ignoré de tous intéressés, mais le liquidateur aura fait tout ce qu'il était en son pouvoir de faire, et aura, par suite, couvert sa responsabilité.

**99. De la faillite.** — Une société à responsabilité limitée peut incontestablement être déclarée en faillite, par application de l'article 437 du Code de commerce.

Par contre, la faillite individuelle d'un de ses membres, quelque important que soit le nombre des parts que possède cet associé, ne touche en rien la société, du moment que cette dernière continue à faire honneur à ses propres affaires. C'est ce que décide explicitement l'article 36 de la loi de 1925.

Réciproquement, la faillite de la société n'entraîne pas celle des associés, pas même celle du gérant, lequel n'est en réalité qu'un directeur général (*suprà*, n° 60) n'acquérant par conséquent pas la qualité de commerçant à raison des fonctions qu'il exerce dans la société. Par ailleurs, l'article 25 indique bien que le gérant n'est responsable qu'individuellement, à raison des fautes qu'il a pu commettre, sans être responsable commercialement du fait d'opérations qui, propres à l'être moral, n'engagent que cet être moral.

Il n'en pourrait être autrement que lorsqu'il pourrait être fourni au débat la preuve que la société qui a été déclarée en faillite, faute de satisfaire à ses engagements commerciaux, n'était pas une véritable société, et constituait une simulation couvrant, grâce à des souscriptions de pure forme données par des personnalités complaisantes, la personnalité d'un associé prépondérant, lequel, dans la réalité des



choses, se trouve être le seul intéressé dans cette entreprise individuelle masquée par une apparence de société <sup>1</sup>.

A côté de la faillite, existe la liquidation judiciaire qui, sous une forme atténuée, tend à arriver au même but que la faillite, ce but étant l'arrêt de toutes poursuites individuelles contre un débiteur incapable de faire face à toutes les demandes que lui font ses créanciers, et l'octroi d'un moratoire accordé sous certaines conditions.

Dans l'un et l'autre cas, la personnalité de la société survit, sa dissolution anticipée n'est pas indispensable; la société continue à pouvoir effectuer diverses opérations, par l'intermédiaire du syndic et sous le contrôle du liquidateur judiciaire; elle continue à avoir son gérant comme représentant légal.

L'article 3, § 2 de la loi du 4 mars 1889 décide que la liquidation judiciaire peut être demandée par une société anonyme par le moyen d'une requête pouvant être signée par le directeur de la société ou par l'administrateur qui en remplit les fonctions. Ce texte paraît bien applicable au gérant d'une société à responsabilité limitée, remarque étant faite qu'un dépôt de bilan est un acte extrêmement grave et que le gérant d'une société à responsabilité limitée fera toujours bien de demander l'avis de tous les associés qu'il pourra rapidement interroger avant d'y procéder. La chose apparaît comme devant être toujours assez facile, les associés étant tous nominativement inscrits. Mais la requête à fin de liquidation judiciaire présente souvent un certain caractère d'urgence, devenant irrecevable s'il est prouvé qu'elle est formulée plus de quinze jours après une cessation de paiement.

Une société en liquidation peut très certainement être déclarée en état de faillite, la faillite étant un état de fait beaucoup plus qu'un état de droit <sup>2</sup>.

Mais une société complètement liquidée ne peut être déclarée en faillite. Peu importe que les associés se soient partagé prématurément l'actif par une opération réalisée de plus ou moins bonne foi; l'essentiel est que ce partage ait été intégralement réalisé à la suite d'une liquidation régulièrement publiée. Le partage de l'actif provoque la destruction de l'être moral. Celui-ci n'existe plus. Il est évaporé. Le carac-

1. Comp. en ce sens, Req. 29 juin 1908, D. P. 1910.1.233; Orléans, 29 décembre 1904, D. P. 1909.2.230; Civ. rej. 11 avril 1927, D. P. 1929.1.25; Req. 9 juin 1928, *Rev. Soc.* 1929.441; Req. 13 mai 1929, D. P. 1930.1.128; Req. 9 décembre 1929, *Rev. Soc.* 1930.20; Paris, 9 janvier 1930, *Sem. Jurid.* 1930.634; Req. 4 février 1930, *Sem. Jurid.* 1931.52.

2. Comp. Orléans, 9 mars 1894, D. P. 95.2.265; Paris, 13 janvier 1900, *Rev. Soc.* 1900.215.

tère essentiel de cet être moral était de constituer un patrimoine collectif. Ce patrimoine collectif n'existe plus. Les créanciers ne se trouvent plus en face que d'une série de patrimoines individuels. Ils peuvent poursuivre ces patrimoines individuels. Encore ne peuvent-ils le faire que dans la mesure de la recette nette perçue par l'associé du fait du partage clôturant la liquidation. Demander à cet associé un centime de plus qu'il n'a effectivement touché est impossible, car ce serait lui demander plus que sa mise. Enfin, ces créanciers tardifs, ne pouvant formuler que des demandes individuelles, sont tenus de supporter le concours de tous les créanciers personnels de l'associé.

Une faillite tend toujours à se terminer par un concordat.

Le concordat est la convention par laquelle la masse des créanciers, statuant à la majorité, accorde au failli certaines facilités pour lui permettre de reprendre la suite de ses affaires commerciales et d'y faire honneur.

C'est au gérant à poursuivre, avec un zèle obstiné, l'obtention d'un concordat.

Lorsque le concordat aura été obtenu, le dessaisissement qui avait été l'une des causes de la faillite prend fin, la société est remise à la tête de ses affaires; elle a seulement obtenu du temps pour payer ses créanciers, lesquels ont dû souvent consentir à des abattements quant au principal de leur créance. Le gérant redevient la seule personne représentant l'être moral et ayant compétence pour contracter en son nom.

**100. De la prescription.** — L'article 64 du Code de commerce ordonne une prescription de cinq ans à l'encontre de toutes actions contre les associés non liquidateurs, ce délai quinquennal courant à compter du jour de la fin de la dissolution de la société, sous la condition d'un accomplissement des formalités de publicité légale.

Cette disposition légale est proche parente de celle contenue en l'article 52 § 3 de la loi de 1867, article relatif aux sociétés à capital variable.

La jurisprudence admet que cet article 64 ne peut être invoqué que s'il y a eu réellement dissolution de la société, cet article 64 ne pouvant, par exemple, recevoir application au cas où l'opération qui s'est réalisée n'est qu'une simple transformation de société<sup>1</sup>.

1. Rennes, 31 décembre 1867, D. P. 70.2.14; Civ. rejet, 14 décembre 1869, D. P. 1.70.179.

S'il y a fusion, il y aura nécessairement dissolution de la société absorbée, et les associés de cette dernière société peuvent individuellement invoquer la prescription de l'article 64.

Tout associé non liquidateur peut se prévaloir de la prescription, et la jurisprudence a complètement abandonné la théorie qui voyait dans tous les associés des associés liquidateurs lorsqu'ils avaient donné à un étranger à la société le mandat de procéder aux opérations de la liquidation, ce liquidateur étranger ne devant alors être réputé que le mandataire des associés <sup>1</sup>.

La prescription de l'article 64 ne peut être opposée qu'aux seuls créanciers sociaux; encore ne peut-elle être opposée que lorsque l'action judiciaire a pour fondement un engagement social; par exemple, une instance en responsabilité dirigée contre un associé à raison d'une faute par lui commise dans la réalisation d'une opération quelconque faite au nom de la société n'est prescriptible que suivant les termes du droit commun, c'est-à-dire par trente ans, si cette faute n'est pas constitutive d'un délit <sup>2</sup>.

La prescription quinquennale n'est pas opposable lorsque le demandeur est un associé, ayant lui-même fait partie de la société, et exerçant une action *pro socio*, que cette action soit directe, ou qu'elle soit indirecte <sup>3</sup>.

Le litige prend surtout de l'acuité quand une faillite est tardivement prononcée et quand c'est un syndic qui est demandeur dans l'instance en restitution ou en paiement dirigée contre l'associé. Il faut alors distinguer l'intérêt qui pousse le syndic à agir : si cet intérêt est manifestement celui de la masse créancière, son instance est couverte par la prescription quinquennale <sup>4</sup>.

L'associé liquidateur ne peut, en principe, exciper de la prescription de cinq ans; une instance judiciaire dirigée contre lui aurait donc la possibilité d'être exercée pendant trente ans, quelle que soit la cause de cette instance <sup>5</sup>.

Cette opinion paraît trop entière et trop absolue. Sans doute, elle s'appuie sur la matérialité du texte de l'article 64. Mais on ne peut

1. Civ. rejet, 27 janvier 1880, D. P. 80.1.104; Req. 16 mars 1897, D. P. 97.1.320.

2. Req. 6 mars 1893, D. P. 94.1.89.

3. Rouen, 8 mars 1871, D. P. 72.5.418; Paris, 26 avril 1877, D. P. 79.2.81; Rouen, 27 juin 1892, D. P. 96.1.382; Dijon, 29 mars 1897, D. P. 98.2.353.

4. Bordeaux, 22 février 1892, D. P. 94.2.184 et Req. 24 janvier 1894, D. P. 94.1.519.

Comp. Thaller et Pic, 658; Arthuys, 780; Albert Wahl, note au S. 1895.1.497.

5. Req. 28 mai 1872, D. P. 72.1.246.

manquer de convenir que, interprété de la sorte, cet article 64 prononce à l'encontre de l'associé liquidateur une véritable pénalité que rien ne justifie. Aussi paraît-il plus juridique de distinguer entre les instances qui sont dirigées contre l'associé liquidateur envisagé en tant que liquidateur et celles qui sont dirigées contre lui en tant qu'associé; ces dernières seront couvertes par la prescription de cinq ans: seules, les premières resteraient soumises à la prescription trentenaire<sup>1</sup>, se trouvant par ailleurs fondées plutôt sur une notion de faute sociale que sur une notion sociale au sens strict du mot.

On peut encore envisager l'hypothèse d'un conflit entre deux prescriptions d'inégale durée. Notamment, l'article 8 de la loi de 1925 dit que les associés sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers de la valeur attribuée au moment de la constitution de la société aux apports en nature (voir *suprà*, n° 16), et ce même texte ajoute que l'action en responsabilité résultant de cette règle se prescrit par dix ans à compter du jour de la constitution de la société.

Une société à responsabilité limitée peut avoir été constituée avec des apports notoirement majorés. Mais elle se liquide. Les associés procèdent à un partage de l'actif. Cinq ans s'écoulent. La prescription de l'article 64 est acquise. Mais la prescription décennale de l'article 8, § 2 peut ne pas l'être encore. Les tiers créanciers, avouons-le, créanciers bien tardifs, peuvent-ils assigner les associés en vertu des dispositions de l'article 8?

Nous pensons qu'une réponse affirmative doit être donnée<sup>2</sup>.

La raison en est, dans notre pensée, que la prescription de l'article 64 ne peut être invoquée par les associés que pour des faits sociaux normalement exécutés; cette prescription ne fait pas obstacle à l'exercice d'instances en dommages-intérêts fondés sur une notion de faute ou de quasi-délit<sup>3</sup>. Or, tel est bien le cas lorsque l'action judiciaire aura pour base une faute commise lors de la constitution de la société, qui se sera trouvée entachée de nullité, ou lors de l'estimation pécuniaire donnée aux apports en nature.

La Prescription de l'article 64 ne couvre que les actes que tous associés, quels qu'ils soient, sont forcés d'effectuer s'ils veulent donner à

1. En ce sens, Civ. cass. 27 mai 1914, D. P. 1921.1.121.

Comp. en ce sens, Thaller, n° 464; Thaller et Pic, n° 662; Lacour et Bouteron, n° 370; Arthuys, 787.

2. En ce sens, Drouets, 456.

Contrà, Lépargneur, 47; Pic et Baratin, 409.

3. Req. 6 mars 1893, D. P. 94.1.89.

Comp. Albert Wahl, note au S. 1895.1.497.



leur société une vie normale. Elle ne couvre pas les actes que certains associés effectuent en contravention avec les règles du droit.

**101. Variabilité du capital.** — L'article 40 de la loi du 7 mars 1925 dit qu'*il peut être stipulé dans les statuts des sociétés à responsabilité limitée que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés, ou l'admission d'associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués. Les associés dont les statuts renferment la stipulation ci-dessus sont soumises, indépendamment des règles contenues dans la présente loi, aux dispositions de la loi du 24 juillet 1867, relatives aux sociétés à capital variable (articles 48 à 54).*

Ce texte est impératif, il est clair et sans ambiguïté. Mais le législateur paraît avoir perdu de vue que certaines des dispositions contenues dans les articles 48 à 54 de la loi de 1867 sont inconciliables avec certaines autres dispositions contenues dans la loi de 1925. De telle sorte que l'article 40 apparaît, dans son deuxième alinéa, comme un contrat fait en vue du mariage de la République de Venise et du Grand Turc.

La variabilité du capital est caractérisée par une stipulation statutaire autorisant des augmentations ou des réductions successives du capital, dans certaines limites fixées par les statuts ou imposées par la loi. La doctrine considère généralement les deux termes de cette proposition comme nécessaires et indivisibles; les statuts ne pourraient pas ordonner l'augmentation possible du capital sans ordonner une diminution possible<sup>1</sup>.

Nous résumerons très succinctement les règles posées par les articles 48 à 54 de la loi de 1867 :

Le capital initial ne peut être de plus de 200.000 francs.

Toute augmentation doit être prévue par une décision de l'assemblée générale, prise d'année en année; chacune des augmentations ne peut être supérieure à 200.000 francs.

Les actions sont toujours nominatives.

Elles ne sont négociables que par voie de transfert sur les registres de la société, et les statuts peuvent donner au Conseil d'administration, ou à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert.

Les statuts doivent déterminer la somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit par des reprises d'apport.

1. En ce sens, Thaller et Pic, 1910. — Comp. au contraire Lyon-Caen et Renault, 1040.

Cette somme ne peut être inférieure au dixième du capital social.

La société n'est valablement constituée qu'après le versement, par les souscripteurs, du dixième du capital.

Chaque associé peut se retirer lorsqu'il le juge convenable, à moins de conventions contraires.

Il peut être accordé à l'assemblée générale un droit d'exclusion.

L'associé qui se retire, ou qui est exclu, reste encore tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, des obligations existant au moment de sa retraite.

La société est représentée en justice par ses administrateurs.

La société n'est pas dissoute par la mort ou par la déconfiture de l'un des associés; elle continue de plein droit envers les autres associés.

Il est encore, dans la loi de 1867, diverses dispositions concernant les sociétés à capital variable, toutes relatives à des formalités de publicité légales (article 61, article 62, article 64).

L'article 62 est particulièrement à noter, car il dispense des formalités de dépôts et de publication les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées dans les termes de l'article 48, ou les retraits d'associés autres que les gérants et administrateurs.

Il est évident que certaines de ces dispositions se heurtent nettement avec celles que pose la loi de 1925. La doctrine s'est émue de ces contradictions possibles<sup>1</sup>. Notre pensée est qu'il est inutile de se perdre dans des considérations trop profondes. Le problème est assez simple. Toutes les sociétés peuvent, aux termes de l'article 48 de la loi de 1867, se déclarer ou se transformer en société à capital variable. Les sociétés de la loi de 1925 pouvaient donc prendre cette formule sans le secours d'aucun texte spécial<sup>2</sup>. L'article 40 ne doit son origine, semble-t-il, qu'à certaines préoccupations tendant à imiter la loi allemande, qui autorise les stipulations permettant certains appels de fonds supplémentaires, que par ailleurs l'article 31 de la loi française, comparé avec l'article 1<sup>er</sup>, paraît bien interdire.

Ce qu'il importe de retenir, c'est que la formule de variabilité du capital est ouverte à toutes les sociétés.

Mais ces sociétés ne peuvent adopter cette formule, qui n'est qu'une formule secondaire, accessoire, parasitaire, qu'en respectant les règles primordiales qui pèsent sur elles du fait de leur transformation même.

De telle sorte que l'on doit admettre que les règles posées par la loi

1. Comp. notamment Piot, 92 et 93; Drouets, *J. Soc.* 1926.133.

2. En ce sens, Pic et Baratin, 374.

du 7 mars 1925 s'imposent tout d'abord et en premier rang aux sociétés à responsabilité limitée. Ce n'est qu'accessoirement que les règles propres aux sociétés à capital variable devront s'adapter, sans pouvoir le faire autrement qu'en respectant les principes de la loi fondamentale qui s'impose aux sociétés à responsabilité limitée.

L'article 40 ne dit pas que les sociétés à responsabilité limitée qui se déclareront à capital variable jouiront du même coup de certaines libertés, libertés qui, en ce qui les concerne, deviendraient de véritables licences. Non. Le texte rappelle bien les règles spéciales de la loi de 1925. Et c'est dans la mesure seulement où ces règles spéciales seront respectées, — dans leur armature intangible, — que les règles posées dans les articles 48 à 54 pourront trouver à s'infiltrer.

Aussi peut-on dire que les sociétés assujetties à toutes les règles de la loi de 1925 qui déclareront adopter, par surcroît, la formule de sociétés à capital variable, devront primordialement obéir à toutes les règles de cette loi de 1925, et, en outre, présenter les caractéristiques suivantes :

Le capital initial ne doit pas dépasser 200.000 francs;

Il ne doit pas être augmenté chaque année de plus de 200.000 francs;

Chaque augmentation doit être autorisée par une délibération de l'assemblée générale;

L'article 50 de la loi de 1867 demeure totalement inapplicable, en l'un quelconque de ses alinéas, comme demeurant incompatible avec les règles posées par les articles 21, 22 et 23 de la loi de 1925; ici, le conflit est net, le heurt est brutal; et nous rappelons que, en cas de conflit, c'est la loi de 1925 qui doit triompher sans conteste.

Les statuts doivent déterminer la somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit. Mais cette somme ne peut être inférieure à 25.000 francs, chiffre imposé par l'article 6 de la loi de 1925. Il ne faut donc pas tenir rigoureusement compte des termes employés par l'article 51 qui, parlant du dixième du capital social, ce qui, pour une société de 200.000 francs, représente 20.000 francs, chiffre inacceptable pour une société à responsabilité limitée.

Mais si la société arrive, par des augmentations successives, à avoir un capital excédant 250.000 francs, les statuts devront stipuler que le capital ne pourra jamais subir de réductions qui le feraient descendre au-dessous du dixième du capital, alors même que ce dixième serait supérieur à 25.000 francs.

Les associés peuvent se retirer de la société, sous la double condition que le capital ne tombe pas, ni au-dessous de 25.000 francs, ni au dessous du dixième du capital, et encore que ce retrait ne soit pas effectué en

fraude de tous droits collectifs ou individuels. L'associé qui se retire reste tenu pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite. Cet engagement ne peut se comprendre que dans la limite du produit net par lui retiré au moment de son départ, le principe essentiel demeurant la limitation au montant de la mise sociale de tous les engagements d'un associé.

Il y a une corrélation évidente entre ce délai de cinq ans et la prescription quinquennale de l'article 64 du Code de commerce, remarque étant faite que la prescription de l'article 64 ne s'oppose qu'aux réclamations formulées par des tiers, tandis que le délai de cinq ans porté en l'article 52 couvre toutes réclamations, même celles qui seraient faites par des associés.

L'article 53 dit que la société à capital variable est valablement représentée en justice par ses *administrateurs*. Il faut substituer le mot *gérants* lorsqu'on se trouve en présence d'une société à responsabilité limitée.

Deux questions peuvent encore prêter à des litiges et à des difficultés, l'une se rapportant à l'admission d'associés nouveaux, l'autre se rapportant à la publicité qui doit intervenir, soit en cas d'admission d'associés nouveaux, soit en cas de variation apportée au capital social.

Aux termes de l'article 22 (voir *suprà*, n° 51) aucune cession ne peut être faite à un associé étranger sans qu'intervienne un consentement donné par la collectivité sociale réunie en assemblée générale et statuant à la majorité requise par la loi (*suprà*, n° 82 b). — Cette règle est d'ordre public, en ce sens qu'elle s'impose aux parties, qui ne sont pas libres d'y déroger par des dispositions contractuelles (comp. notamment *suprà*, n° 85).

Cette règle s'impose dans toutes les sociétés à responsabilité limitée, alors même que celles-ci auraient adopté la forme parasitaire de société à capital variable. Les souscriptions nouvelles pourront donc être reçues librement, dans la limite de l'augmentation de capital autorisée, si elles émanent d'associés déjà inscrits; mais ces souscriptions nouvelles ne pourront être reçues que conditionnellement, s'il s'agit de souscripteurs nouveaux, la condition suspensive étant l'agrément de l'associé nouveau par une assemblée générale <sup>1</sup>.

L'article 17 de la loi de 1925 prescrit des formalités de publicité légale

1. Comp. en ce sens, Pic et Baratin, n° 376.

Comp. en sens opposé, Drouets, *J. Soc.* 1928, p. 138



pour tout changement d'associé, assimilant le cas à une modification statutaire. Par conséquent, toute introduction d'associé nouveau doit faire l'objet d'une double publicité, par dépôts dans les greffes et par insertion dans un journal d'annonces légales (voir *supra*, nos 51 et 56). Cette règle est d'ordre public, dans la même acception que celle de l'article 22. Elle s'impose donc à toute société à responsabilité limitée quelle que soit la formule accessoire qui la recouvre <sup>1</sup>, étant une des conditions spéciales ordonnées par le législateur dans le fonctionnement de toute société à responsabilité limitée.

Enfin, ce même article 17 ordonne les mêmes formalités de publicité légale chaque fois qu'intervient une modification statutaire, par conséquent chaque fois qu'intervient une augmentation, ou une diminution, du capital statutairement annoncé, et régulièrement publié.

Cette règle s'impose à toutes les sociétés à responsabilité limitée, alors même que celles-ci auraient adopté la formule du capital variable.

Sans doute, l'article 62 de la loi de 1867 dispense les sociétés anonymes adoptant la variabilité du capital de toute publication en cas d'augmentation ou de réduction de capital faites au cours de l'année, mais ce texte n'est pas visé dans l'article 40 de la loi de 1925. Il y a peut-être là un oubli. Mais le fait reste certain. Toute société à responsabilité limitée demeure soumise aux règles de l'article 17, et l'oubli possible du législateur quant aux facilités données par l'article 62, ne peut vraiment pas permettre d'accorder d'office à ces sociétés ces mêmes facilités.

1. Comp. en sens opposé, Pic et Baratin, 377; Drouets, *ibid.*, p. 153. — Ces auteurs n'ont pour justifier leur opinion (que M. Drouets reconnaît lui-même « difficile à justifier ») qu'un seul argument, celui-ci : imposer les règles impératives de la loi de 1925, serait apporter une trop grande gêne dans le fonctionnement de ces sociétés. — Ce raisonnement nous paraît admirable dans sa simplicité. — Il pourrait au surplus être reproduit à des milliers d'occasions, chaque fois qu'un justiciable estimera certaines prescriptions légales trop difficiles pour lui. Admettre les tribunaux à écouter toutes les doléances particulières et à dire à un plaideur : C'est vrai. Tu as raison. Appliquer la loi, c'est pour toi une charge trop lourde. Va-t-en. Nous t'en dispensons. Tu n'as rien fait de ce que tu devais faire. Tu es quand même en règle.

C'est assurément ouvrir un champ nouveau — et bien imprévu, — à l'activité judiciaire des cours et tribunaux.

Vu :

Le Président de la Thèse,

ALBERT WAHL

Vu :

Le Doyen,

BERTHELEMY

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY

## TABLE DES MATIÈRES

---

### AVANT-PROPOS

|                                                                             | Pages |
|-----------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Historique. . . . .                                                      | 9     |
| 2. Caractères fondamentaux des sociétés à responsabilité limitée. . . . .   | 17    |
| 3. La société à responsabilité limitée est une société de capitaux. . . . . | 19    |

### CHAPITRE PREMIER

#### CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

|                                                                                                    |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Conditions générales de validité des sociétés à responsabilité limitée. . . . .                 | 29  |
| 5. Règles propres à la constitution d'une société à responsabilité limitée. . . . .                | 31  |
| 6. Acte de société. . . . .                                                                        | 32  |
| 7. Nécessité d'un acte écrit . . . . .                                                             | 34  |
| 8. Stipulations contractuelles des statuts . . . . .                                               | 35  |
| 9. Réunion du capital. Apports en espèces. . . . .                                                 | 37  |
| 10. Apports en nature . . . . .                                                                    | 38  |
| 11. Quels biens peuvent être apportés en nature à une société à responsabilité limitée?. . . . .   | 39  |
| 12. De l'apport d'usufruit et de l'apport en jouissance. . . . .                                   | 41  |
| 13. Apport de biens grevés de dettes. . . . .                                                      | 42  |
| 14. Apport de fonds de commerce . . . . .                                                          | 45  |
| 15. Sanctions civiles spécialement relatives aux règles concernant les apports en nature . . . . . | 51  |
| 16. Associés responsables de la valeur attribuée aux apports. . . . .                              | 56  |
| 17. Droits attribués aux tiers. . . . .                                                            | 66  |
| 18. Sanctions pénales spéciales aux apports en nature. . . . .                                     | 69  |
| 19. Éléments constitutifs du délit de l'article 38, § 1. . . . .                                   | 74  |
| 20. Personnes responsables . . . . .                                                               | 76  |
| 21. Pénalités encourues. . . . .                                                                   | 77  |
| 22. Du capital et des parts divisant le capital. . . . .                                           | 78  |
| 23. Émission de parts privilégiées . . . . .                                                       | 82  |
| 24. Création de parts de jouissance. . . . .                                                       | 84  |
| 25. Désignation de l'objet et raison sociale . . . . .                                             | 85  |
| 26. Du nombre minimum des associés. . . . .                                                        | 87  |
| 27. Rémunération du fondateur. Création de parts bénéficiaires. . . . .                            | 89  |
| 28. Formalités de constitution. . . . .                                                            | 95  |
| 29. Formalités de publicité légale. . . . .                                                        | 98  |
| 30. Immatriculation au registre du Commerce. . . . .                                               | 101 |
| 31. Modifications statutaires et changement d'associés . . . . .                                   | 102 |

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 32. Sanctions des règles concernant la constitution même de la société. . . . . | 104 |
| 33. Nullités. . . . .                                                           | 104 |
| 34. Effets d'une disparition de la cause de nullité. . . . .                    | 111 |
| 35. Actions sociales et actions individuelles. . . . .                          | 117 |
| 36. Responsabilités pécuniaires. . . . .                                        | 119 |
| 37. Responsabilités pénales. . . . .                                            | 124 |
| 38. Délits de fausse déclaration. . . . .                                       | 126 |
| 39. Délit d'émission publique. . . . .                                          | 131 |
| 40. Distribution de dividende fictif. . . . .                                   | 134 |
| 41. Délit contraventionnel de publicité insuffisante. . . . .                   | 136 |
| 42. Sanctions des règles propres à la publicité légale. . . . .                 | 138 |

## CHAPITRE II

### DROITS ACQUIS PAR LES ASSOCIÉS

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 43. Droit aux bénéfices annuels et au reliquat actif de liquidation. . . . . | 144 |
| 44. Du dividende intercalaire. . . . .                                       | 147 |
| 45. Du dividende fictif ou irrégulier. . . . .                               | 149 |
| 46. Droit sur l'actif en cas de liquidation. . . . .                         | 156 |
| 47. Droit de participer au gouvernement de l'entreprise sociale. . . . .     | 156 |
| 48. Droit de négocier sa part sociale. . . . .                               | 161 |
| 49. De la part sociale. . . . .                                              | 163 |
| 50. Négociabilité restreinte. . . . .                                        | 165 |
| 51. Cession consentie à un étranger à la société. . . . .                    | 169 |
| 52. Cessions par héritage. . . . .                                           | 171 |
| 53. Cession faite au gérant. . . . .                                         | 174 |
| 54. Cession faite à un ancien associé. . . . .                               | 175 |
| 55. Des clauses contractuelles facilitant les cessions. . . . .              | 178 |
| 56. Procédure à suivre pour réaliser une cession de parts. . . . .           | 184 |
| 57. Clauses portant droit de préemption. . . . .                             | 189 |
| 58. Droit de contrôle et de communication. . . . .                           | 193 |
| 59. Droits judiciaires. Règles de compétence. . . . .                        | 197 |

## CHAPITRE III

### DE LA GÉRANCE DES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 60. Du gérant. . . . .                                                | 202 |
| 61. Caractère personnel de la désignation. . . . .                    | 206 |
| 62. Nomination du ou des gérants. . . . .                             | 207 |
| 63. Remplacement des gérants. . . . .                                 | 209 |
| 64. Conditions d'éligibilité; incompatibilités. . . . .               | 213 |
| 65. Durée des fonctions du ou des gérants. . . . .                    | 217 |
| 66. Démission d'un gérant. . . . .                                    | 217 |
| 67. Révocation d'un gérant. . . . .                                   | 220 |
| 68. Nomination par justice. . . . .                                   | 231 |
| 69. Fonctions et pouvoirs des gérants. . . . .                        | 231 |
| 70. Des actes dont la société peut réclamer l'inopposabilité. . . . . | 237 |

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 71. Fonctions essentielles du gérant. . . . .                                  | 242 |
| 72. Responsabilité civile ou pénale des gérants. . . . .                       | 247 |
| 73. Action judiciaire en responsabilité. . . . .                               | 256 |
| 74. Quitus de gestion. . . . .                                                 | 261 |
| 75. Prescription des actions en responsabilité. . . . .                        | 266 |
| 76. Réparation du préjudice causé. . . . .                                     | 267 |
| 77. Rémunération des gérants. . . . .                                          | 270 |
| 78. De l'application au gérant des règles sur le secret professionnel. . . . . | 270 |

#### CHAPITRE IV

### DES EMPRUNTS QUE PEUT CONTRACTER UNE SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| 79. Emprunts commerciaux et emprunts obligataires. . . . . | 278 |
|------------------------------------------------------------|-----|

#### CHAPITRE V

### DES ASSEMBLÉES GÉNÉRALES

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 80. Droits et pouvoirs de la majorité des associés. . . . .                          | 282 |
| 81. Conditions de forme des assemblées. . . . .                                      | 288 |
| 82. Conditions de fonds. Quorum et majorité. . . . .                                 | 307 |
| 83. Pouvoirs de l'assemblée extraordinaire. Admission des nouveaux associés. . . . . | 322 |
| 84. Nomination et révocation des gérants. . . . .                                    | 323 |
| 85. Augmentation du capital. . . . .                                                 | 324 |
| 86. Réduction du capital. . . . .                                                    | 338 |
| 87. Fusion . . . . .                                                                 | 343 |
| 88. Transformation. . . . .                                                          | 367 |
| 89. Prorogation. . . . .                                                             | 373 |

#### CHAPITRE VI

### DU CONSEIL DE SURVEILLANCE

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 90. Du conseil de surveillance. . . . .                            | 375 |
| 91. Conditions de nomination et de révocation. . . . .             | 377 |
| 92. Attributions et pouvoirs. . . . .                              | 384 |
| 93. Responsabilité des membres du conseil de surveillance. . . . . | 387 |

#### CHAPITRE VII

### DE LA DISSOLUTION ET DE LA LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

|                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------|-----|
| 94. Causes légales ou contractuelles d'une dissolution. . . . . | 392 |
| 95. Du liquidateur . . . . .                                    | 401 |



|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| 96. Nomination du liquidateur. Révocation. Démission. . . . . | 401 |
| 97. Fonctions et pouvoirs du liquidateur . . . . .            | 404 |
| 98. De la clôture de la liquidation et du partage. . . . .    | 406 |
| 99. De la faillite. . . . .                                   | 411 |
| 100. De la prescription. . . . .                              | 413 |
| 101. Variabilité du capital. . . . .                          | 416 |











